



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

프랑스 행정소송상 ‘변론생략’(la dispense
d'instruction) 제도에 관한 연구

— 우리나라 행정소송의 심리개선방안과 관련하여 —

2017년 8월

서울대학교 대학원

법 학 과

민 병 국

프랑스 행정소송상 ‘변론생략’(la dispense
d'instruction) 제도에 관한 연구
— 우리나라 행정소송의 심리개선방안과 관련하여 —

지도교수 朴 正 勳

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2017년 4월

서울대학교 대학원

법 학 과

민 병 국

閔丙國의 석사 학위논문을 인준함

2017년 6월

위 원 장 _____ (인)

부 위 원 장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

소송절차에서 심리방식으로 구술심리를 택할 것인지 서면심리를 택할 것인지는 해당 소송의 유형, 본질에 따라 정할 문제이다. 우리나라 행정소송은 구술심리의 원칙을 채택하고 있기에 모든 사건에서 변론절차를 진행하여야만 한다.

우리나라 행정소송은 양적 확대와 질적 난이도 상승으로 날이 갈수록 법원의 심리부담이 가중되고 있고, 그로 인하여 당사자의 권리구제가 지연되고 있으며, 게다가 모든 소송사건에 일일이 대응하여야 하는 행정청 역시 큰 부담을 안고 있다. 이와 같은 상황에서 소송요건이 흠결되어 있고, 그 소송요건이 보정될 가능성이 없는 사건이나 처분의 위법사유에 관하여 최소한의 주장·증명책임을 다하지 못한 민원성에 가까운 사건 등을 포함한 모든 사건에 대하여 변론을 개시하여 구술심리를 하도록 하는 것은 적절치 않으며, 제한적으로라도 서면심리를 실시할 필요성이 있다.

프랑스 행정재판소 법전 R.611-8조는 행정소송의 소장 심사 단계에서 ‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’ 변론을 열지 않을 수 있도록 하는 이른바 ‘변론생략’(la dispense d'instruction) 제도를 규정하고 있다. 변론생략 제도는 대심원칙에 대한 예외로서 일정한 요건을 갖춘 경우 제한적으로 인정되고 있다.

변론생략의 요건에 해당하는 ‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’라 함은 재판관찰이 없거나 소송요건이 흠결되어 부적법한 소로서 보정될 가능성이 없거나 보정명령에도 불구하고 보정을 하고 있지 않아 각하될 것이 명백한 경우, 기관력의 작용에 따라 또는 처분의 위법사유에 대한 최소한의 주장·증명을 하지 못하여 기각될 것이 명백

한 경우를 뜻한다.

구술심리 원칙을 채택하고 있는 우리 행정소송에 변론생략 제도를 도입하여 구술심리를 보완하는 형태로 서면심리를 부분적으로 구현할 수 있는지 살펴보기 위해, 프랑스 행정소송상 변론생략 제도의 요건, 절차, 효과를 구체적으로 검토할 필요가 있고, 나아가 우리나라 행정소송의 특성, 구술심리와 서면심리의 장·단점도 살펴볼 필요가 있다.

변론생략 제도를 도입할 경우, 부적법한 소로서 각하될 것이 명백한 경우 변론 없이 소를 각하할 수 있을 뿐 아니라 특히 프랑스는 처분의 위법사유에 대하여 원칙적으로 원고에게 주장·증명책임을 지우고 있고, 우리나라 행정소송에 있어서 주장·증명책임의 법리도 본질적으로 그와 다르지 않으므로, 소장 접수 단계에서 행정처분의 위법사유에 대하여 최소한의 주장·증명을 하지 못하고 있는 행정처분에 대해서 변론 없이 청구를 기각할 수도 있다.

주요어 : 변론생략, 서면심리, 서면주의, 대심원칙

학번 : 2005-21785

목 차

국문초록

| | |
|-----------------------------------|----|
| 연구의 목적 | 1 |
| 연구의 범위 | 3 |
| 용어의 정의 | 4 |
| 제1장 예비적 고찰 | 6 |
| I. 프랑스의 행정소송절차 | 6 |
| II. 프랑스 행정소송 절차의 특징 | 9 |
| III. 대심원칙의 예외로서 변론생략 제도 | 12 |
| 제2장 변론생략의 요건 | 14 |
| I. 법적 근거 | 14 |
| II. ‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’의 의미 | 15 |
| III. 소가 부적법한 경우 | 17 |
| IV. 청구가 명백히 이유 없는 경우 | 20 |
| 제3장 변론생략의 절차 | 27 |
| I. 결정의 주체 | 27 |
| II. 결정의 시한 | 27 |
| III. 결정 고지의 不要 | 28 |

| | |
|---------------------------------|----|
| 제4장 변론생략의 효과 | 31 |
| I. 소장 부분의 송달 생략 | 31 |
| II. 종국재판 및 불복절차 | 32 |
| 제5장 우리나라 행정소송 제도에의 시사점 | 35 |
| I. 구술심리주의와 서면심리주의 | 35 |
| II. 행정소송에의 서면심리 도입필요성 | 40 |
| III. 행정소송에 있어 서면심리 도입의 可否 | 42 |
| IV. 提言 | 46 |
| 제6장 요약 및 결어 | 50 |

세목차

국문초록

| | |
|-----------------------------------|----|
| 연구의 목적 | 1 |
| 연구의 범위 | 3 |
| 용어의 정의 | 4 |
| 제1장 예비적 고찰 | 6 |
| I. 프랑스의 행정소송절차 | 6 |
| 1. 소장 심사 | 6 |
| 2. 변론절차 | 7 |
| 3. 최종변론절차 | 8 |
| 4. 재판부의 합의 및 판결의 선고 | 9 |
| II. 프랑스 행정소송 절차의 특징 | 9 |
| 1. 서면주의 | 9 |
| 2. 직권탐지주의 | 10 |
| 3. 對審原則 | 11 |
| III. 대심원칙의 예외로서 변론생략 제도 | 12 |
| 제2장 변론생략의 요건 | 14 |
| I. 법적 근거 | 14 |
| II. ‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’의 의미 | 15 |
| III. 소가 부적법한 경우 | 17 |
| 1. 재판관할이 없는 경우 | 17 |
| 2. 소송요건 흠결의 경우 | 18 |
| 가. 보정이 불가능한 경우 | 18 |

| | |
|--|----|
| 나. 보정이 가능한 경우 | 19 |
| 3. 절차의 경합 | 20 |
| IV. 청구가 명백히 이유 없는 경우 | 20 |
| 1. 기판력 있는 선행판결이 있는 경우 | 20 |
| 가. 프랑스 행정소송에서 기판력의 의미 | 20 |
| 나. 선행판결이 취소판결인 경우 | 21 |
| 다. 선행판결이 기각판결 내지 완전심판소송의 판결인 경우 | 22 |
| 라. 선행소송과 후행소송이 선결관계에 있는 경우 | 23 |
| 2. 청구취지나 청구원인에 비추어 원고의 주장이 명백히 이유 없는 경우 | 25 |
| 제3장 변론생략의 절차 | 27 |
| I. 결정의 주체 | 27 |
| II. 결정의 시한 | 27 |
| III. 결정 고지의 不要 | 28 |
| 제4장 변론생략의 효과 | 31 |
| I. 소장 부분의 송달 생략 | 31 |
| II. 종국재판 및 불복절차 | 32 |
| 1. 종국재판 | 32 |
| 2. 불복절차 | 33 |
| 제5장 우리나라 행정소송 제도에의 시사점 | 35 |
| I. 구술심리주의와 서면심리주의 | 35 |
| 1. 구술심리와 서면심리의 의의 | 35 |
| 2. 구술심리와 서면심리의 장·단점 | 37 |
| 가. 구술심리의 장·단점 | 37 |
| 나. 서면심리의 장·단점 | 38 |
| 다. 소결 | 39 |

| | |
|-------------------------------|----|
| Ⅱ. 행정소송에의 서면심리 도입필요성 | 40 |
| 1. 우리 행정소송의 심리원칙 | 41 |
| 2. 서면심리 도입의 필요성 | 41 |
| Ⅲ. 행정소송에 있어 서면심리 도입의 可否 | 42 |
| 1. 행정소송의 특수성 | 42 |
| 2. 구 행정소송법의 규정 | 44 |
| 3. 프랑스의 변론생략 제도의 도입가능성 | 44 |
| Ⅳ. 提言 | 46 |
| 제6장 요약 및 결어 | 50 |
| Ⅰ. 요약 | 50 |
| Ⅱ. 결어 | 56 |
| 참고문헌 | 57 |
| Résumé | 60 |

연구의 목적

우리나라 민사소송은 구술변론을 강화하는 방향으로 발전하여 왔다. 이른바 기록재판과 병행심리에 따른 문제점들을 시정하고, 실질적인 구술변론과 집중심리를 통해 재판에 대한 신뢰를 회복하고자 하는 목적에서 여러 차례 민사소송법과 민사소송규칙 등을 개정하여 왔다.

구술변론에 의한 재판에서는 당사자가 재판절차에 주체적으로 참여하여 절차적 만족감을 얻을 수 있고, 재판관의 심증형성이 공개된 법정에서 이루어지므로, 재판결과에 대한 신뢰가 확보되는 등의 장점이 있다. 반면, 시간과 비용을 요구하고, 서면심리에 비하여 비효율적이라는 단점도 있다.

우리나라 행정소송의 경우, 접수되는 사건의 양적 증가와 아울러 질적 난이도 상승으로 인하여 법원의 심리부담이 나날이 가중되고 있다. 모든 사건에 있어서 충실한 구술변론을 하도록 요구하는 것은 현실적으로 어려운 일이다. 이는 결국 정작 권리구제가 필요한 사람에 대한 신속한 권리구제를 방해하는 결과를 초래할 수 있고, 행정청으로 하여금 민원성에 가까운 모든 소송 - 부적법한 소 내지 원고의 청구 자체로 받아들여지기 어려운 사건 등 - 에 일일이 피고(被告)가 되어 대응하도록 하는 것 역시 상당히 비효율적인 일이다. 따라서 행정소송, 특히 항고소송에 있어서 부분적으로라도 구술변론 없이 서면심리만으로 재판할 수 있는 제도의 도입을 검토할 현실적인 필요성이 있다고 할 것이다.

행정소송 중 항고소송은 행정청의 처분 내지 결정이 먼저 있고, 이에 대한 불복재판의 성격을 갖고 있다. 항고소송은 민사소송과 달리 다툼의 대상(행정청의 처분)이 이미 주어져 있고, 처분은 특별한 사정이 없는 한 서면으로 발령되어 있어 쟁점이 쉽게 드러나며, 심리방식에 있어 직권탐지주의가 채택되어 있다. 또한 항고소송은 행정의 적법성 통제라는 객관소송의 성격을 갖고 있어, 그 구조와 기능 면에서 민사소송과 본질적인 차이가 있다. 이와 같은 항고소송의 특수성에 비추어 보면, 대심원칙을 훼손할 우려가 없는 경우 항고소송의 심리방식으로 서면심리를 부분적으로 채택하는 것이 불가능하지 않다고 생각한다.

프랑스 행정소송상 ‘변론생략’(la dispense d'instruction)은 원고의 청구가 그 자체로 결론이 명백할 때 피고에게 소장 부분을 송달하지 않고 변론을 열지 아니한 채 소를 각하하거나 청구를 기각하는 제도이다. 우리 행정소송의 심리개선방안 마련을 위해 이 제도를 살펴보는 것은 매우 의미 있는 일이라고 생각된다.

이 논문에서는 변론생략의 요건, 절차, 효과에 대하여 살펴보고, 우리나라 행정소송의 심리개선방안과 관련하여 시사점을 찾아보기로 한다.

연구의 범위

제1장에서는 본격적인 논의에 앞서 변론생략 제도와 관련하여 알아두어야 할 프랑스 행정소송절차, 프랑스 행정소송절차의 특징에 대하여 살펴보고, 특히 대심원칙과 관련하여 변론생략이 허용될 수 있는지에 관하여 검토한다.

제2장에서는 변론생략의 요건에 관하여 살펴본다. 프랑스 행정법상 변론생략의 법적 근거가 무엇인지 살펴보고, 프랑스 행정재판소 법전 R.611-8조상의 ‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’의 의미가 무엇인지 검토한 다음, 소가 부적법한 경우, 청구가 명백히 이유 없는 경우의 구체적 의미와 내용에 대하여 상세히 살펴본다.

제3장에서는 변론생략의 절차와 관련하여, 결정의 주체, 시한을 살펴본 다음, 원고에게 변론생략 결정을 사전 고지할 필요가 있는지에 관하여 검토한다.

제4장에서는 변론생략의 효과로서 피고에게 소장 부분의 송달 생략을 검토하고, 어떠한 경우에 소장 부분의 송달 생략이 허용되는지 살펴본 다음, 변론생략 결정에 대한 불복방법에 대하여도 검토해 본다.

제5장에서는 이상의 논의를 바탕으로 우리나라 행정소송의 심리개선방안을 생각해 보고, 변론생략 제도를 우리나라에 도입할 필요성이 있는지, 도입이 가능한지, 가능하다면 어떠한 방식으로 도입할 것인지 여부에 관하여 구체적으로 검토해 본다.

제6장에서는 앞서 살펴본 내용을 요약, 정리하면서 글을 맺기로 한다.

용어의 정의

1. l'instruction : 변론

프랑스의 행정소송¹⁾에서는 재판부에 의해 진행되는 ‘최종변론’(audience) 절차에 앞서, 수명법관(le rapporteur)에 의한 l'instruction 절차가 진행된다. 이 절차에서는 증인신문·검증·감정 등 증거조사가 주로 이루어진다.

‘l'instruction’은 일응 우리 소송법상 변론준비절차에 대응하는 것으로 이해할 수 있으나, 프랑스 행정소송에서의 ‘l'instruction’ 절차에서는 우리나라 변론절차의 핵심을 이루는 증거조사가 실질적으로 이루어지고 있고, 그 외에도 우리나라의 변론준비절차와는 여러 면에서 차이가 있으므로, ‘l'instruction’을 준비절차라고 번역하는 것은 적절치 않은 것으로 생각된다.

실제 ‘l'instruction’은 다양한 용어로 번역되고 있다. 종래 일반적으로는 ‘예심’으로 번역되었고, ‘준비절차’로 번역된 경우도 있으며, 최근에는 ‘심리절차’로 번역하는 것이 옳다는 견해도 제시되고 있다.²⁾

이 논문에서는 일정한 요건 하에 ‘l'instruction’ 절차에 들어가지 아니하고 재판을 종결할 수 있는 ‘la dispense d'instruction’ 제도에 관하여 논의하고자 하는데, 이와 같은 경우에도 서면에 의한 심리는 이루어지는 것으로 보아야 한다.³⁾ 그럼에도 ‘l'instruction’을 ‘심리절차’

1) 프랑스의 행정소송 중 중요한 두 가지는 월권소송(le recours pour excès de pouvoir)과 완전심판소송(contentieux de plein juridiction)이다.

2) 최계영, 법치주의 구현을 위한 행정소송 심리절차의 강화 - 자료제출요구 제도의 도입 논의 및 독일의 자료제출의무 제도를 중심으로, 법학 54권 4호(통권 169호), 서울대학교 법학연구소, 2013년, 47면, 각주 88.

라고 번역하게 되면, ‘la dispense d’instruction’이 ‘심리의 생략(면제)’로 번역될 수 있어, 이 경우, 서면심리조차 이루어지지 않는 것으로 오인될 여지가 있다.

앞서 본 바와 같이 ‘l’instruction’ 절차에서 증거조사가 실질적으로 이루어지고 있고, 우리나라 변론절차의 일부에 해당한다고 볼 수 있으므로, 예심, 준비절차, 심리절차보다는 변론절차로 번역하는 것이 보다 적절한 것으로 여겨진다.

따라서 본고에서는, ‘l’instruction’을 ‘변론’으로, ‘l’audience’는 이와 구별하여 ‘최종변론’으로 칭하기로 한다.

2. la dispense d’instruction : 변론생략

‘l’instruction’을 변론으로 칭하게 되면, ‘la dispense d’instruction’은 변론의 생략으로 칭하는 것이 가장 자연스럽다.

‘la dispense d’instruction’는 행정소송의 피고가 된 행정청의 응소부담을 면제하고자 하는 목적에서 일정한 요건 하에 소장이 접수된 단계에서 피고 행정청에게 소장 부분을 송달하지 않고 재판을 종결하는 절차로서, 우리나라 소송법상 일치하는 제도는 없지만, 일응 무변론재판과 유사하다고 볼 수 있다.

이러한 점들을 고려하여, ‘la dispense d’instruction’를 ‘변론생략’으로 칭하기로 한다.

3) 같은 관점에서, Daniel Chabanol은 그의 저서인 행정소송법전(CJA : code de justice administrative) 주해 제5판에서 ‘불명확한 용어인 심리의 생략보다 오히려 송달의 생략이라고 말하는 것이 더 낫다. 재판부에 의하여 사건이 검토되는 이상, 심리가 결여된 것이 아니기 때문이다’고 밝혔다.

제1장 예비적 고찰

I. 프랑스의 행정소송절차

1. 소장 심사

소장이 접수되면, 지방행정재판소장(파리지방행정재판소의 경우에는 부장판사)은 해당 사건에 관한 ‘관할권’(la compétence)이 있는지, ‘소송요건’(la recevabilité)을 구비하였는지, 이유 없음이 명백한 청구가 아닌지 심사를 하여 소송절차의 진행이 필요한지 여부를 가리게 된다.

소송절차의 진행이 필요 없는 경우, 즉, 행정재판소 법전 R.222조에서 열거한 사유에 해당하는 경우 지방행정재판소장 등은 ‘소송종료’(non-lieu)를 선언하거나 ‘명령’(ordonnance)에 의해 소를 각하할 수 있다. 한편, 같은 법전 R.611-8조에 의거하여 청구 자체로 결론이 명백한 경우 지방행정재판소장 등은 원고에 대한 통지 없이 피고에게 소장 부분을 송달하지 아니한 채 변론을 개시하지 않기로 하는 결정을 할 수 있고, 이에 따라 소를 각하하거나 원고의 청구를 기각할 수 있다. 후자의 경우가 바로 변론생략이다.

위와 같이 소송절차의 진행이 필요 없는 경우에 해당하지 않는 한, 지방행정재판소장에 의하여 지명된 수명법관은 소장 부분을 피고 행정청에게, 답변서 부분을 원고에게 각 송달한 다음, 증거조사 등의 절차에 들어가게 된다.⁴⁾

4) 사법연수원, 프랑스법 I, 2006년, 150면.

2. 변론절차

앞에서 본 바와 같이 소장 접수 단계에서 변론생략 결정이 이루어지지 않는 한, ‘변론절차’(l’instruction)가 개시되어 수명법관에 의하여 진행된다.

프랑스 행정소송에서 ‘증명책임’(la charge de la preuve)은 원칙적으로 원고에게 있다.⁵⁾⁶⁾ 그러나 수명법관은 원고의 주장이 구체적이고 근거가 있는 경우, 그 증명책임을 전환하여 피고 행정청으로 하여금 원고의 청구원인에 대한 답변 및 사건에 관하여 해명을 요구할 수 있고, 문서의 제출 기타 정보의 제공을 요구할 수 있다(la demande d’explication).⁷⁾

이와 관련하여 콩세유데파는 1936년 판결에서 “법원은 관계 행정청에 대하여 법원의 심증을 형성하는 데 필요한 모든 문서를 제출할 것을 요구할 권한이 있다.”고 판시한 바 있다.⁸⁾

행정청이 수명법관의 석명에 대하여 침묵하거나 거절하는 등으로 불응하는 경우 재판부는 그에 관련된 내용을 행정청에게 불리하게 평가하여 결론을 내릴 수 있다.⁹⁾

5) 사법연수원, 전게서, 153-154면.

6) 우리의 경우 처분의 적법성에 관한 증명책임이 피고에게 있다는 것이 일반론이므로, 얼핏 보았을 때, 프랑스의 행정소송과 우리나라 행정소송이 증명책임의 구조를 달리 하고 있다고 여길 수도 있으나, 우리의 경우도 원고가 적어도 행정처분의 구체적인 위법사유에 관한 주장책임은 부담한다고 보아야 한다. 법원의 심리범위가 원고가 주장하는 처분의 구체적인 위법사유에 따라 정해진다고 보아야 하기 때문이다. 이와 같은 점에서 보면, 프랑스와 우리나라의 행정소송에 있어 증명책임의 구조가 크게 다르다고 볼 수 없다.

7) 최계영, 전계논문.

8) CE 1936. 5. 1. Couespe du Mesnil 판결

9) CE 1954. 5. 28. Barel 판결

수명법관은 사건의 충분한 심리를 위하여 당사자로 하여금 서증의 제출을 명할 수 있고, 필요한 경우 ‘감정’(l'expertise), ‘필적감정’(la vérification d'écriture), ‘증인심문’(l'enquête), ‘현장검증’(la visite des lieux), 행정결정의 존재 및 진정성 확인, ‘사법촉탁’(la commission rogatoire) 등 각종 증거조사를 실시하게 된다.¹⁰⁾

다만, 이와 같은 증거조사는 ‘보전처분’(référé)이 아닌 한 수명법관의 ‘명령’(ordonnance)이 아니라 재판부의 ‘본안전 결정’(jugement avant dire droit)에 따라 이루어진다.¹¹⁾

3. 최종변론절차

‘변론절차’(l'instruction)가 종결되면, 공개법정에서 ‘최종변론절차’(l'audience)가 열린다.

먼저, 수명법관이 소송당사자의 주장 및 공격방어방법을 정리한 ‘보고서’(rapport)를 읽고, 다음으로 당사자 및 그 대리인이 희망에 따라 간결한 구두변론을 할 수 있다.

마지막으로 ‘연구보고관’(le rapporteur public)¹²⁾이 ‘최종의견’(conclusion)을 개진하게 된다.

판결 전에 하는 최종변론절차는 상당히 형식적인 것에 불과하고 이 절차의 핵심은 연구보고관의 최종의견을 듣는 것에 있는 것이라

¹⁰⁾ 사법연수원, 전거서, 154면.

¹¹⁾ 사법연수원, 전거서, 154, 158면.

¹²⁾ 2010년 이전에는 le commissaire du gouvernement이라고 칭하였으나, 위 용어가 정부측 입장만을 대변하는 사람으로 오인될 소지가 있다는 이유에서 명칭 변경을 권유한 유럽인권재판소의 권고에 따라 2010년 현재의 명칭으로 변경되었다.

고 평가하기도 한다.¹³⁾

4. 재판부의 합의 및 판결의 선고

최종변론 절차가 마치면 재판부는 사건의 결론을 도출하기 위해 ‘합의’(le délibéré)를 하게 된다. 합의는 공개되지 않는 것이 원칙이다. 종래에는 연구보고관도 최종의견의 설명을 위해 합의에 참석할 수 있었으나, 유럽인권재판소의 권고에 따라 지금은 참석하지 않고 있다.

재판부는 합의를 거쳐 ‘판결’(le jugement)을 선고한다.

II. 프랑스 행정소송 절차의 특징

1. 서면주의

프랑스의 행정소송은 ‘서면주의’(le principe du caractère écrit de la procédure)를 취하고 있다.¹⁴⁾ 유의할 점은 이 때의 서면주의는 구술 심리주의와 대비되는 개념으로서의 ‘서면심리주의’, 즉 구술변론 없이 오로지 서면에 의해서 심리가 진행된다는 의미가 아니다. 프랑스 행정소송의 절차적 특징으로 언급되는 서면주의는 행정소송의 당사자는 주장, 공격·방어방법을 반드시 서면(mémoire)을 통하여 제출하

13) 김항기, 프랑스 행정재판제도에 관한 연구, 중앙대학교 대학원 석사학위논문, 1988. 12., 61면.

14) 박균성, 행정법론(상), 제15판(2016년판), 박영사, 1281면.

여야 하고, 구두진술은 서면상 주장을 요약하거나 부연하는데 그친다는 의미이다. 따라서 당사자는 변론절차에서 서면으로 이미 제출한 주장을 내용적으로 변경하거나 새로운 주장을 추가할 수 없다.¹⁵⁾

다만, 변론생략 결정이 있는 경우에는, 재판부는 구술변론절차를 열지 않고 원고가 제출한 소장 등 서류들만을 심사하여 최종결론을 내리게 되는데, 이 경우 서면에 의해서 심리가 진행되므로, 결과적으로 서면심리주의가 구현된다고 볼 수 있다.

2. 직권탐지주의

일반 민사소송에서는 당사자에 의하여 소송이 주도되는 당사자주의가 채택되어 있음에 비해, 프랑스의 행정소송에서는 재판부가 주도적으로, 직권으로 소송을 진행하는 ‘직권탐지주의’(le principe d'inquisitorialité de la procédure)가 채택되어 있다.¹⁶⁾

프랑스 행정소송에서는 재판부가 법률과 사실을 적극적으로 조사할 수 있는데, 그 조사범위가 당사자가 제출한 자료에 제한되지 않으며, 당사자의 증명책임을 분배하거나 전환할 수도 있다. 앞서 살펴본 수명법관의 석명과 관련된 제도는 프랑스 행정소송의 직권탐지주의적 성격을 잘 보여주고 있다.

직권탐지주의는 프랑스에서 행정재판소가 행정청에 대하여 적법성 원칙 준수를 강력히 요구할 수 있는 의지의 표시라고 한다.¹⁷⁾ 행정에 대한 객관적 적법성 통제를 보다 강하게 지향하는 프랑스에서

¹⁵⁾ René Chqaus, Droit du contentieux administratif, 13e édition, Montchrestien, p.833 ; 사법연수원, 전게서, 108면

¹⁶⁾ 사법연수원, 전게서, 108면 ; René Chqaus, 전게서, 837면.

¹⁷⁾ 김동희, 재량행위의 행정통제에 관한 일고, 고시계, 1985. 5. 참조.

직권탐지주의를 채택하는 것은 당연한 귀결이라 할 것이다.¹⁸⁾

3. 對審原則

프랑스 행정소송에서 대심원칙(le principe de la contradiction)은 심리의 기본원칙으로 작용한다. 대심원칙은 대립되는 분쟁당사자들의 공격·방어를 통하여 심리를 진행하여야 한다는 원칙, 즉 당사자 쌍방에게 공격·방어방법을 제출할 수 있는 대등한 기회를 보장하는 제도를 말한다.¹⁹⁾ 대심원칙은 절차에 관한 법의 일반원칙에서 파생한 것이다.

대심원칙이 적용되는바, 당사자가 자신의 주장이 담긴 서면을 제출하면, 재판소는 서면의 부분을 상대방에게 송달하여야 한다. 다만, ‘직권조사사항’(les moyens d'ordre public)에 관하여는 그 주장이 담긴 서면 부분의 송달을 요하지 않는데, 이 부분에 있어서는 대심원칙이 적용되지 않는다고 할 것이다.²⁰⁾

또한, l'instruction이 끝난 후 최종변론 절차에 들어갈 경우, 재판소는 최종변론기일 1주일 전까지 당사자를 소환하여야 하는데, 이 또한 대심원칙과 관련된 것으로 볼 수 있다.

¹⁸⁾ 최계영, 전제논문, 46면.

¹⁹⁾ 김동희, 행정법 I (제21판), 박영사, 2015. 3., 683면.

²⁰⁾ 사법연수원, 전게서, 153면. 이 책에서는 직권조사사항에 대하여 대심원칙이 제한된다고 설명하고 있으나, 대심원칙이 제한된다기보다는 직권조사사항에 관해서는 대심원칙이 적용되지 않는다고 보는 것이 타당할 것이다.

III. 대심원칙의 예외로서 변론생략 제도

프랑스 행정소송에서 대심원칙이 심리의 기본원칙임은 앞에서 살펴본 바와 같다. 그렇다면, 변론생략 제도가 대심원칙에 위반되는 것은 아닌지, 대심원칙의 예외로서 허용될 수 있는지 문제된다.

이와 관련하여, 콩세유데파는 “변론생략은 대심원칙을 위반할 우려가 없는 경우, 피고에게 손해를 끼칠 가능성이 없을 때에만 허용된다.”는 취지로 판시한 바 있다²¹⁾. 특히 1996년 판결에서 콩세유데파는 변론생략이 가능한 조건에 관하여 “피고에게 피해가 발생할 가능성이 없는 경우에만, 특히 원고의 청구를 기각하는 경우에 허용된다.”고 판시하였는데,²²⁾ 이는 대심원칙의 범정신을 훼손하지 않는 범위에서 변론생략이 허용된다는 취지로 볼 수 있다.

변론생략 제도는 원고의 청구 자체로 결론이 명백한 경우 피고에게 소장 부분을 송달하지 않고 사건을 종결하는 제도로서, 피고 행정청의 응소부담을 덜어주기 위한 취지에서 마련된 것이고, 소송상 상대방인 피고에게 불이익이 발생할 염려가 있는 경우²³⁾에 한하여 허용되는 것이므로, 변론생략 제도 자체가 대심원칙에 반하여 허용될 수 없다고 볼 것은 아니다. 법률에 명문의 근거규정을 두고 있는 경우, 대심원칙의 범정신을 훼손하지 않는 경우, 그리고 상대방 당사자에게 불이익이 초래될 염려가 없는 경우에는, 변론생략이 대심원칙의 예외로서 허용된다고 할 것이다.

변론생략 제도는 프랑스의 현행 행정재판소 법전에 명문의 규정을 두고 있고, 실제 재판실무에서도 활용되고 있다. 학계에서도 이 제도

21) CE 2010. 9. 24. M.M. 판결

22) CE 1996. 4. 5. Syndicat des avocats de France 판결

23) 이에 관해서는 뒤에서 구체적으로 살펴본다.

가 대심원칙에 위반된다고 주장하는 견해는 쉽게 찾아보기 어렵다.

Olivier Gohin은 변론생략이 대심원칙을 천명하고 있는 법의 일반 원칙에 반하는 것이 아니라고 명시적으로 주장하고 있다.²⁴⁾

²⁴⁾ Olivier Gohin, Contentieux Administratif, 8판, 2014년.

제2장 변론생략의 요건

I. 법적 근거

변론생략은 대심원칙의 예외로서 인정되는 것이어서 실정법상 명문의 근거규정이 있을 때에만 제한적으로 허용된다는 것이 일반적인 견해이다. 연혁적으로는 변론생략 제도는 콩세유데따의 조직과 권한에 관한 1806. 6. 11.자 데크레(décret)에서 처음 규정된 이후 콩세유데따에서 시행되어 왔다. 이후 콩세유데따에 관한 1945. 7. 31.자 제45-1708호 오르도낭스 제52조²⁵⁾에서 확인되었다.

이후 구 지방행정재판소 및 항소행정재판소 법전[Code des TA(tribunaux administratifs) et des CAA(cours administratives d'appel)] R.149조에서 현재와 같은 내용의 규정을 두었다. 현재는 행정재판소 법전[Code de Justice Administrative] R.611-8조에 그 규정이 있다.

그 규정의 내용은 다음과 같다.

『소장을 검토한 결과 청구 자체로 결론이 명백한 경우, 지방행정재판소장 또는 재판부의 장, 항소행정재판소 재판부의 장, 콩세유데따 재판부의 장은 변론을 열지 않기로 하는 결정을 할 수 있다.²⁶⁾』

25) 소장을 검토한 결과 청구 자체로 결론이 명백할 때, 재판부(le sous-section)는 변론을 열지 않고, 사건부 등재를 위해 정부위원에게 서류를 송부할 수 있다.

26) Lorsqu'il apparaît au vu de la requête que la solution de l'affaire est d'ores et déjà certaine, le président du tribunal administratif ou le président de la formation de jugement ou, à la cour administrative d'appel, le président de la chambre ou, au Conseil d'Etat, le président de la sous-section peut

특이할 만한 사건으로 해외영토인 마다가스카르의 지방참사원²⁷⁾이 l'instruction을 거치지 않고 재판을 한 사안에서, 콩세유데파는 명문의 근거 규정이 없음에도 위 지방참사원이 l'instruction을 거치지 않고 재판한 것에는 절차적 하자가 있다고 판시한 바 있다.²⁸⁾

II. ‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’의 의미

변론생략의 적용범위에 대해서는 구체적인 규정이 없고, 해석에 맡겨져 있다. 변론생략의 요건과 관련하여, ‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’의 의미가 무엇인지 문제된다.

어떤 경우에 청구 자체로 결론이 명백하다고 볼 수 있는가.

O. Gohin에 따르면, 법률문언에 사용된 ‘명백한’(d'ores et déjà certaine)이라는 표현은 반대되는 논의를 무용한 것으로 만들 정도로 명백하다는 의미로서 다음의 두 가지 경우를 나타낸다고 한다.

첫 번째는 행정재판소에 재판관할권이 없는 것이 명백한 경우이고, 두 번째는 소송요건이 흠결되어 부적법함이 명백하고, 동시에 소송요건의 흠결이 보정되어 적법하게 될 가능성이 없는 경우이다.

이와 같은 입장에 따른다면, 변론생략 결정은 매우 제한적으로만 활용될 수 있을 것으로 보인다. 사실 O. Gohin이 제시하고 있는 두 가지 경우는 우리나라 현행 민사소송법에 따르더라도, 변론 없이 소

décider qu'il n'y a pas lieu à instruction.

²⁷⁾ Le Conseil du Contentieux Administratif. 지금의 항소행정재판소에 해당한다.

²⁸⁾ CE 1957. 1. 25. Raberanto et Syndicat fédéral des fonctionnaires malgaches 판결

를 각하하는 판결을 할 수 있는 것으로 보인다(민사소송법 제219조 참조).

그러나 일반적으로는 위와 같은 두 가지 경우 이외에도 변론생략 결정이 가능하다고 보고 있다. 즉, 소송요건 흠결의 경우 보정이 가능함에도 보정되지 아니한 때에는 일정한 요건 하에 변론생략 결정이 가능하다고 하고, 나아가 사안의 성질상 청구기각이 명백히 예상되는 경우(선행판결의 기판력이 후행소송에 미치는 경우, 소장에 기재된 청구취지나 청구원인에 비추어 원고의 주장이 주장 자체로 명백히 이유 없는 경우)에도 변론생략 결정을 함으로써 소장심사단계에서 서면심리만으로 원고의 청구를 기각할 수 있다고 한다.²⁹⁾

한편, 원고의 청구가 인용될 것이 명백하게 예상되는 경우에도 변론생략 결정을 할 수 있는지 문제된다. 행정재판소 법전 R.611-8조의 법문언에는 ‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’라고만 되어 있고, 대세효 있는 선행판결의 기판력이 작용하거나 확립된 법리가 있는 등의 사유로 원고의 청구가 인용될 것이 명백히 예상될 때에도 ‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’에 해당한다고 볼 여지가 있기 때문이다.

결론적으로 말하면, 원고의 청구가 인용될 것이 명백하게 예상된다고 하더라도, 이와 같은 경우에는 변론생략 결정이 허용되지 않는다. 변론생략 결정은 대심원칙의 예외로서 피고에 대하여 소장 부분을 송달하지 아니한 채 종국재판을 하는 경우인바, 피고에게 불이익한 결론을 내릴 경우에는 대심원칙에 따라 피고에게 절차에 참여하여 공격·방어방법을 제출할 수 있는 기회를 주어야 하므로, 변론생

²⁹⁾ René Chapus, Droit du contentieux administratif, 13e édition, Montchrestien, 2008., p. 832 ; François GAZIER & Roland DRAGO, Répertoire de Contentieux Administratif Tome II, DALLOZ, 2000., p.7

략 결정이 허용되지 않는 것이다.

이와 관련하여 콩세유데파는 1996년 판결에서 변론을 개시하지 아니한 채(sans instruire l'affaire) 원고에 대하여 승소판결을 내린 적이 있다.³⁰⁾ 그러나 위와 같은 판결은 변론생략 결정 제도를 잘못 이해한 것으로 보이고, 위 판결이 있는 때로부터 한 달도 채 지나지 않아 콩세유데파는 “변론생략은 오로지 피고에게 손해가 발생할 염려가 없는 경우에만 내릴 수 있다.”라고 판시하여 위 판결의 입장과 상반된 취지로 판결을 선고한 바 있다.³¹⁾

결국 ‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’라 함은 ‘소가 부적법한 경우’와 ‘청구가 명백히 이유 없는 경우’로 나누어 볼 수 있다. 이하에서 항을 나누어 각각의 경우에 관해 구체적으로 살펴보기로 한다.

III. 소가 부적법한 경우

1. 재판관할이 없는 경우

소장이 접수된 재판소에 ‘관할’(la compétence)이 없는 경우에는 재판소는 심리 없이 이를 각하할 수 있다.³²⁾³³⁾ 관할이 없다고 판단되면 ‘소송요건’(la recevabilité)에 대하여 나아가 조사할 필요 없이 바로 소를 각하할 수 있고, 당연히 변론을 개시할 필요도 없다. 이와

³⁰⁾ CE 1996. 3. 8. Centre hospitalier général Guy Thomas de Riom 판결

³¹⁾ CE 1996. 4. 5. Synd. des avocats de France 판결

³²⁾ CE 1970. 7. 10. Sieur Barentin 판결

³³⁾ Corinne LEPAGE & Christian HUGLO, Code de Justice Administratif, 8e édition, Lexis Nexis, 2013., p. 637 ; René Chapus, op. cit., p. 831

같은 점에서 재판관할에 대한 심사는 다른 소송요건에 대한 심사와 구별된다고 볼 수 있다.³⁴⁾

재판관할이 없는 경우, 지방행정재판소장 등은 행정재판소 법전 R.611-8조에 따라 변론을 생략할 수 있지만, 한편으로 행정재판소 법전 R.222-1조 제2호³⁵⁾에 근거하여 ‘명령’(ordonnance)으로 소를 각하할 수도 있다.

2. 소송요건 흠결의 경우

소송요건이 흠결된 경우, 그 흠결된 소송요건이 보정이 가능한 것인지 여부에 따라 절차가 달라진다. 보정이 가능한 경우에는 곧바로 소를 각하할 수 없고, 우선 보정을 명하여야 하기 때문이다. 이하에서 각각의 경우를 나누어 살펴보기로 한다.

가. 보정이 불가능한 경우

보정이 불가능한 사유로 소가 부적법하여 소가 앞으로 적법하게 될 가능성이 없을 때에는, 보정명령을 할 필요 없이 행정재판소 법전 R.611-8조에 따라 피고에게 소장 부분을 송달하지 않고 변론을 열지 않은 상태에서 소를 각하할 수 있다.³⁶⁾ 그 구체적인 예로는 ①

³⁴⁾ 사법연수원, 전거서, 118-119면.

³⁵⁾ 지방행정재판소장, 항소행정재판소장, 파리행정지방재판소의 부소장, 위 재판소의 재판부의 장은 명령으로 다음 각 호의 행위를 할 수 있다.

2. 행정재판소에 관할이 없는 소를 각하하는 것

³⁶⁾ Corinne LEPAGE & Christian HUGLO, op. cit., p.636 ; François GAZIER

필요적 변호사건에서 변호인이 선임되지 않은 경우³⁷⁾, ② 쟁세유데따에 1심으로서 심급관할이 없음에도 쟁세유데따에 직접 제기된 소송의 경우³⁸⁾, ③ 지방참사원의 처벌절차 중 분리가능성 없는 행위에 대하여 독립하여 월권소송이 제기된 경우³⁹⁾ 등이 있다.

이와 같은 경우에도 지방행정재판소장 등은 행정재판소 법전 R.611-8조에 따라 변론을 생략할 수 있으나, 같은 법전 R.222-1조 제 4호⁴⁰⁾에 따라 명령으로 소를 각하할 수도 있다.

나. 보정이 가능한 경우

보정이 가능한 소송요건 흠결의 경우, 재판부는 행정재판소 법전 R.612-1조에 따라 보정명령을 발하게 된다. 재판부의 보정명령에도 불구하고 소송요건의 흠결이 보정되지 않는 경우(le défaut de réponse), 지방행정재판소장 등은 행정재판소 법전 R.611-8조를 적용하여 변론을 열지 않기로 결정할 수 있다.

한편, 행정재판소 법전 R.612-2조에 따른 재판부의 ‘독촉’(mise en demeure)에도 불구하고 기한 내에 답변이 없는 경우에는 지방행정재판소장 등은 같은 법전 R.222-1조에 근거하여 명령으로 소송종료를 선언할 수도 있다.⁴¹⁾

& Roland DRAGO, op. cit., p.7

37) CE 1948. 3. 19. Pignide et Farges 판결

38) François GAZIER & Roland DRAGO, op. cit., p.7

39) CE 1949. 7. 30. Durel 판결

40) 지방행정재판소장, 항소행정재판소장, 파리행정지방재판소의 부소장, 위 각 재판소의 재판부의 장은 명령으로 다음 각 호의 행위를 할 수 있다.

4. 법원이 보정을 명할 수 없거나 제소기간의 만료로 인해 부적법한 경우 등 명백히 부적법한 소를 각하하는 것

41) Corinne LEPAGE & Christian HUGLO, op. cit., p.636

3. 절차의 경합

앞서 본 몇 가지 경우와 같이 행정재판소 법전 R.611-8조 및 같은 법전 R.222-1조의 절차가 경합하는 경우, 실무상으로 같은 법전 R.611-8조에 따라 변론생략 결정을 하기보다는 같은 법전 R.222-1조에 따라 재판소장의 ‘명령’(ordonnance)으로 사건을 종국적으로 처리하는 것을 더 선호하는 경향이 있다고 한다.⁴²⁾

IV. 청구가 명백히 이유 없는 경우

1. 기판력 있는 선행판결이 있는 경우

가. 프랑스 행정소송에서 기판력의 의미

프랑스 행정소송에서 ‘기판력’(l'autorité de la chose jugée)은 두 가지 경우로 나누어 보아야 한다. 월권소송의 취소판결은 대세효를 갖고 있어 기판력의 주관적 범위가 문제되지 않지만, 월권소송의 기각판결이나 완전심판소송에 기초한 판결은 민사판결과 동일하게 소송당사자에게만 그 효력이 미치므로 기판력의 주관적 범위로서 당사자의 동일성 여부가 문제된다.⁴³⁾⁴⁴⁾

⁴²⁾ Corinne LEPAGE & Christian HUGLO, op. cit., p.636

⁴³⁾ 박정훈, 取消判決의 訴訟物, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006, 378면.

⁴⁴⁾ 이와 같은 점에서 취소판결의 기판력을 ‘절대적 기판력’(l'autorité absolue

나. 선행판결이 취소판결인 경우

1) 소송물이 동일하거나 선결관계에 있는 경우

선행소송인 월권소송의 판결이 취소판결인 경우에는 대세효가 있으므로, 후행소송이 선행소송과 소송물이 동일하거나 선결관계에 있는 경우(예컨대, 선행소송이 행정처분의 취소를 구하는 월권소송이고, 후행소송인 행정처분의 위법을 이유로 손해배상을 구하는 국가배상청구소송인 경우) 당연히 기판력이 미친다.

그러나 이와 같은 경우 후행소송에서 변론을 개시하지 아니한 채 원고 청구를 인용하는 판결을 할 수는 없다. 이는 대심원칙과 관련된 문제이다. 변론생략은 대심원칙의 예외로서 인정되는 것이고, 후행소송에서 피고에게 불이익한 결론을 내릴 경우에는 변론생략이 허용되지 않기 때문이다.⁴⁵⁾

2) 선행판결에 저촉되는 주장을 하는 경우

선행판결이 대세효 있는 취소판결인 경우, 후행소송에서 원고(선행소송의 당사자와 동일성이 인정되는지 여부를 불문한다)가 선행취소판결의 대세효 있는 기판력에 저촉되는 내용을 청구원인으로 주장하고 있다면, 그와 같은 청구는 기각될 것임이 명백하므로, 이

de la chose jugée)이라고, 월권소송의 기각판결 및 완전심리소송의 판결에서의 기판력을 ‘상대적 기판력(l'autorité relative de la chose jugée)’이라고 표현하기도 한다(사법연수원, 전거서, 118면).

45) 이에 관하여는 제2장 II. 참조.

러한 청구는 ‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’에 해당한다고 볼 수 있다. 이는 곧 재판소에 의하여 이미 판단된 문제(Question déjà tranchée)에 대하여 다시 판단을 구하는 것에 다름 아니어서 다시금 변론을 열 필요가 없는 것이다.⁴⁶⁾ 따라서 변론생략 결정이 가능하다.

공세유데따는 1959년 판결에서 “기관력⁴⁷⁾ 항변에 부딪칠 내용을 유일한 주장의 기초로 삼고 있을 때, 재판소는 변론절차 없이 판단할 수 있다.”고 판시한 바 있다.⁴⁸⁾

다. 선행판결이 기각판결 내지 완전심판소송의 판결인 경우

1) 당사자가 동일한 경우

선행판결이 월권소송의 기각판결 또는 완전심판소송의 판결인 경우, 동일성이 인정되는 당사자가 소송물이 동일한 후행소송을 제기한 경우에는 기관력⁴⁹⁾이 미치므로, ‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’에 해당하고, 변론생략 결정을 할 수 있다.⁵⁰⁾

2) 당사자가 동일하지 않은 경우

⁴⁶⁾ Corinne LEPAGE & Christian HUGLO, op. cit., p.637

⁴⁷⁾ 이 때의 기관력은 대세효 있는 취소판결의 기관력을 뜻한다.

⁴⁸⁾ CE 1959. 3. 18. Dagan 판결

⁴⁹⁾ 이른바 상대적 기관력을 의미한다.

⁵⁰⁾ François GAZIER & Roland DRAGO, op. cit., p.8

선행판결이 월권소송의 기각판결 또는 완전심판소송의 판결인 경우 그 판결은 동일한 당사자 사이에서만 효력이 있으므로, 제3자가 후행소송에서 선행판결과 소송물이 동일한 청구를 한다고 하더라도, 선행판결의 기판력이 후행소송에 미친다고 볼 수 없고, 후행소송의 청구가 선행판결의 기판력에 저촉된다고 볼 수 없다. 이와 같은 경우에는 후행소송에서의 원고의 청구는 ‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’에 해당한다고 볼 수 없고, 따라서 소송물이 동일한 선행판결이 있다는 이유로 변론을 생략할 수 없다.

이와 관련하여 콩세유데따는 1965년 판결에서 “기판력⁵¹⁾은 직권조사사항이 아니고, 재판부가 이를 직권으로 제시할 수 있는 것도 아니므로, 동일한 주장에 의하여 동일한 소송목적을 추구하는 선행청구가 기각된 판결이 있다고 하더라도 1심 행정재판소장은 그와 같은 이유로 변론을 생략할 수 없다.”고 판시한 바 있다.⁵²⁾

선행소송에서 원고가 충분한 주장, 증명을 다하지 못하여 패소한 경우, 후행소송의 당사자가 그로 인한 불이익을 감수하도록 하는 것은 부당하므로, 청구기각판결의 기판력이 제3자에게 미치지 않는다는 결론은 지극히 당연한 것이라 할 것이다.

라. 선행소송과 후행소송이 선결관계에 있는 경우

동일한 당사자가 선행소송으로 월권소송을 제기하고, 후행소송으

⁵¹⁾ 청구기각판결의 기판력을 의미한다.

⁵²⁾ CE 1965. 10. 27. Blagny 판결

로 완전심판소송인 국가배상청구소송을 제기한 경우, 기판력이 미치는지, 그리고 ‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’에 해당하여 변론생략 결정을 할 수 있는지 문제된다.

선행소송인 월권소송의 판결이 취소판결인 경우에는 당연히 기판력이 미치지만, 이와 같은 경우 위 나. 1)항에서 살펴본 바와 같이 기판력의 작용국면이 아니라 대심원칙이 작동함으로써 변론생략 결정을 할 수 없다.

선행소송인 월권소송의 판결이 기각판결인 경우에도 동일한 당사자가 제기하는 국가배상청구소송에는 기판력이 작용하므로⁵³⁾, ‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’에 해당하여 변론생략 결정을 함으로써 변론절차 없이 원고의 청구를 기각할 수 있다.

퐁세유데타는 1985년 판결에서 선행소송에서 같은 쟁점에 관하여 이미 기각판결이 있는 경우, 재판부는 ‘보상금소송’(une action en indemnité)에서 변론생략 결정을 할 수 있다고 판시한 바 있다.⁵⁴⁾

다만, 월권소송의 취소사유(cas d'ouverture) 중 외적 위법성과 내적 위법성은 소송물을 달리 하므로, 월권소송에서 내적 위법성만을 주장하였다가 기각판결을 받은 경우, 후행하는 국가배상청구소송에서 외적 위법성을 위법사유로 주장할 때에는 소송물을 달리 하므로 기판력이 미친다고 할 수 없고,⁵⁵⁾ 따라서 ‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’에 해당한다고 할 수 없어 변론을 생략할 수 없다.

⁵³⁾ 박정훈, 전거서, 379면.

⁵⁴⁾ CE 1985. 4. 26. Cne de Larrau 판결

⁵⁵⁾ 박정훈, 전거서, 379면은 이와 같은 경우 승소판결을 받을 가능성이 있다고 설명하고 있다.

2. 청구취지나 청구원인에 비추어 원고의 주장이 명백히 이유 없는 경우

소장에 기재된 청구취지나 청구원인에 비추어 원고의 주장이 명백히 이유 없는 경우, 즉 사안의 성질상 결론적으로 기각이 명백한 경우에도 변론절차를 거치지 아니하고 소장심사단계에서 서면심리만으로 원고의 청구를 기각할 수 있다는 것이 일반적인 견해임은 앞서 본 바와 같다.

퐁세유데파는 1993년 판결에서 “제출된 주장의 내용을 고려하여 행정재판소장은 변론절차에 나아가지 않을 것을 결정함으로써 구 지방행정재판소 및 항소행정재판소 법전 R.149조⁵⁶⁾에 의해 부여된 권한을 적법하게 사용할 수 있다.”고 판시한 바 있다.⁵⁷⁾

또한, 퐁세유데파는 1980년 판결에서 소장 외에 소송당사자들이 참여한 선행의 ‘가처분’(le référé) 사건에서 제출된 소송서류 중 관련된 자료들을 함께 고려하여 변론생략 결정을 내린 것에 잘못이 있다고 할 수 없다는 취지로 판시한 바 있는데,⁵⁸⁾ 이 판결의 해석상 퐁세유데파가 원고의 청구를 실질적으로 살펴 이유 없는 때에 변론생략 결정을 하는 것을 허용하고 있는 것으로 볼 수 있다.

생각건대, 이 문제는 프랑스 행정소송에서의 증명책임 문제와 관련지어 검토할 수 있다고 여겨진다.

프랑스 행정소송에서 증명책임이 원칙적으로 원고에게 있음은 앞서 본 바와 같다. 원고는 소장에서 재판부가 원고의 주장에 대하여

⁵⁶⁾ 현행 행정재판소 법전 R.611-8조와 동일한 규정이다.

⁵⁷⁾ CE 1993. 6. 28. Vincent 판결

⁵⁸⁾ CE 1980. 5. 12. Serreguemines 판결

구체적이고 근거가 있어 정당성이 인정된다고 판단할 정도로 주장, 증명책임을 다하여야 한다. 원고가 그와 같은 정도로 주장, 증명책임을 다한 경우, 비로소 그 증명책임이 전환되어 재판부는 피고 행정청으로 하여금 원고의 청구원인에 대한 답변 및 사건에 관하여 해명을 요구하고, 문서의 제출 기타 정보의 제공을 요구하게 된다.

바꾸어 말하면, 원고는 소장에서 증명책임이 피고 행정청에게 전환될 정도로 처분의 위법성에 관하여 구체적이고 근거 있는 주장, 증명을 하지 못한 경우에는 주장, 증명책임을 다하지 못하였다는 이유로 그 자체로 기각될 수 있는 것이다.

결국 소장 심사 단계에서 청구취지 및 청구원인에 비추어 원고의 청구가 이유 없음이 명백한 경우라 함은, 곧 원고가 처분의 위법성에 관하여 주장 및 증명책임을 다하지 못한 경우와 다르지 않다.

제3장 변론생략의 절차

I. 결정의 주체

행정재판소 법전 R.611-8조는 변론생략 결정의 주체를 지방행정재판소장 또는 재판부의 장, 항소행정재판소 재판부의 장, 콩세유데따의 재판부의 장으로 정하고 있다.

1심인 지방행정재판소의 경우에는 원칙적으로 재판소장이 결정의 주체가 되고, ‘재판부’(formation de jugement)가 구성되어 있는 경우에는 그 재판부의 장이 결정의 주체가 된다. 항소심인 항소행정재판소의 경우에는 ‘재판부’(chambre)의 장이 결정의 주체가 된다. 최종심인 콩세유데따의 경우에도 ‘재판부’(sous-section)의 장이 결정의 주체가 된다.

II. 결정의 시한

일단 변론이 개시된 이후에는 변론을 생략하기로 하는 결정을 할 수 없다. 행정재판소 법전 R.149조에는 변론생략 결정이 가능한 시기에 관하여 ‘소장 심사시’(au vu de la requête introductive d'instance)라고 규정되어 있다. 1945. 7. 31.자 제45-1708호 구 오르도낭스 제52조에도 이와 동일한 내용이 규정되어 있었다. 위 규정의 취지에 비추어 보면, 변론생략의 여부는 소장 심사 단계에서 결정되어야 하고, 소장 부분이 피고에게 송달되어 소송계속이 발생한 이후에는 별다른 사정 없이 피고를 절차에서 배제한 채 종국재판을 하는 것이

허용되지 않는 것으로 보아야 한다.

콩세유데파는 1970년 판결에서 소장을 보충하는 서면을 제출받고 나서, 변론생략 결정을 한 바 있다.⁵⁹⁾ 소장의 내용만으로 변론생략 결정 여부에 대한 판단이 어려울 때에는 소장을 보충하는 서면의 내용까지 고려한 다음, 변론생략 결정을 할 수 있다고 봄이 상당하고, 이와 같이 해석하더라도 소장 심사 단계에서 변론생략 결정이 이루어져야 한다는 내용의 위 규정에 반한다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

III. 결정 고지의 不要

행정재판소 법전 R.611-8조는 변론생략 결정의 고지에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 사실 위 규정은 결정의 고지에 관해서뿐만 아니라 변론생략 결정의 절차에 관해서 별다른 규정을 두고 있지 않다.

변론생략 결정을 함으로 인하여 피고에게 소장 부분을 송달하지 아니한 채 원고의 소를 각하하거나 그 청구를 기각하는 경우, 중국재판서를 송달하는 것과 별도로 변론생략 결정 사실 자체를 당사자에게 고지해야 하는지 문제된다.

사실 이 문제는 변론생략 결정에 대한 불복절차를 인정하는지의 문제와 맞닿아 있다고 볼 수 있다. 중국재판과 별도로 변론생략 결정 자체에 대한 불복이 허용된다면, 논리 필연적으로 변론생략 결정이 원고에게 별도 고지되어야 한다. 그러나 변론생략

⁵⁹⁾ CE 1970. 4. 29. Elections municipales de Corte 판결

결정 자체에 대한 불복이 인정되지 않는다면, 변론생략 결정 자체에 대한 고지가 필수적인 것은 아니라고 할 수 있다. 뒤에서 구체적으로 살펴보겠지만, 변론생략 결정은 소송절차 내에서 행사하는 재판소의 고유한 권한으로 변론생략 결정 자체에 대한 불복은 허용되지 않고, 중국재판에 대한 상소절차에서 변론생략 결정에 관한 하자를 다룰 수 있을 뿐이라고 한다. 변론생략 결정에 대한 이의나 불복이 허용되지 않는다면, 변론생략 결정을 반드시 원고에게 반드시 고지할 필요는 없다고 할 수 있다.

일반적으로 변론생략 결정을 당사자에게 고지할 필요가 없는 것으로 받아들여지고 있다. 콩세유데파 역시 1983년 판결에서 변론생략 결정을 원고에게 고지할 필요가 없다고 명시적으로 판시한 바 있다.⁶⁰⁾

또한, 변론생략 결정을 당사자에게 사전 고지하거나 통지하지 않더라도, 이것이 유럽인권협약 제6조의 ‘공정한 재판을 받을 권리’의 침해에 해당하는 것은 아니라고 설명하는 견해도 있다.⁶¹⁾

생각건대, 변론생략은 소송에서 받아들여질 가능성이 없는 청구에 대하여 피고에게 소장 부분을 송달하지 아니한 채 재판을 종결하는 제도이다. 피고로서는 변론생략 결정을 고지받지 않는다고 하더라도 어떤 불이익이 발생한다고 할 수 없다(피고에게 손해가 발생할 우려가 있는 경우에는 앞서 본 바와 같이 변론생략 결정 자체가 허용되지 않는다).

원고에 대하여는, 변론생략 결정 자체에 대한 불복이 인정되지 않는다면, 변론생략 결정을 별도로 고지하지 않더라도 위법하다

⁶⁰⁾ CE 1983. 7. 29. Méallier, Lebon 판결

⁶¹⁾ Corinne LEPAGE & Christian HUGLO, op. cit., p.637

고 할 수 없다. 다만, 변론생략 결정 자체에 대한 불복이 허용되지 않는 것이 타당한지에 대해서는 이론이 있을 수 있고, 변론생략 결정 자체에 대하여 별도의 불복이 허용되어야 한다는 입장에 선다면, 논리 필연적으로 변론생략 결정이 원고에게 반드시 고지되어야 한다.

제4장 변론생략의 효과

I. 소장 부분의 송달 생략

변론생략 결정이 있으면, 소장 부분을 피고에게 송달하지 아니한다(l'absence de communication de la requête). 즉, 소송계속이 발생하지 아니한 상태에서 종국재판을 하게 된다. 다만, 재판소는 변론생략 결정 이후에라도 그 결정을 번복하고 변론개시를 결정할 수 있다. 변론이 개시된 이후 변론생략 결정을 할 수는 없으나, 변론생략 결정을 하였다고 하더라도 이를 번복하고 변론절차에 들어가는 것은 무방하다.

한편, 소장 부분의 송달 생략으로 피고에게 불이익이 발생할 수 있는 경우에는 이것이 허용되어서는 안 된다. 피고에게 손해가 발생할 가능성이 있는 경우에는 변론생략이 허용되지 않고, 반드시 소장 부분을 피고에게 송달하여야 한다. 이는 앞에서 살펴본 바와 같이 법의 일반원칙 중 하나인 대심원칙에서 파생된 원리이다.

어떠한 경우 소장 부분의 송달 생략으로 인하여 피고에게 손해가 발생할 수 있는가.

변론생략 결정은 원고의 청구 자체로 결론이 명백한 경우, 즉 부적법한 소를 각하하거나 명백히 이유 없는 청구를 기각하는 경우에 하는 것이므로, 일반적으로는 피고에게 손해가 발생한다고 보기 어렵다.

소장 부분의 송달 생략으로 피고에게 손해가 발생할 수 있는

경우로서 흔히 예로 들고 있는 것은, 국가에 대한 채권을 주장하는 원고의 청구가 있는 경우 소장 부분을 피고 행정청에게 송달하지 않음으로써 국가가 4년의 ‘시효’(prescription) 항변을 행사할 수 있는 기회를 박탈당할 우려가 있는 경우이다.⁶²⁾

이와 관련하여, 콩세유데따는 1982년 판결에서는 원고가 주장하는 채권에 대하여 피고 행정청이 4년의 시효항변을 원용할 수 있는 기회를 상실하였다는 이유로 변론생략 결정에 기초한 원심 판결을 취소한 바 있다.⁶³⁾ 한편, 1999년 판결에서는 형식상으로 판결을 취소하지 않았으나, 피고 행정청이 상소하여 4년의 시효항변을 원용하는 것을 허용한 바 있다.⁶⁴⁾

II. 중국재판 및 불복절차

1. 중국재판

중국재판이라 함은 소에 의하여 계속된 사건의 전부 또는 일부를 그 심급으로서 완결하는 재판을 말한다.⁶⁵⁾ 소송은 중국판결에 의하여 종료되는 것이 원칙이나, 그 밖에 소의 취하, 당사자의 사망 등과 같은 사유로도 종료될 수 있다.⁶⁶⁾

⁶²⁾ Corinne LEPAGE & Christian HUGLO, op. cit., p.637 ; François GAZIER & Roland DRAGO, op. cit., p.8

⁶³⁾ CE 1982. 12. 1. Min. du Budget c/M. Autret 판결

⁶⁴⁾ CE 1999. 3. 15. req. n° 148748, Voyer 판결

⁶⁵⁾ 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2014, 504면 이하.

⁶⁶⁾ 홍준형, 행정구제법, 도서출판 오래, 2012년, 582면.

변론생략 결정이 있으면, 지방행정법원장 등은 피고에게 소장 부분을 송달하지 아니한 상태에서 중국재판으로 관할이 없는 경우나 부적법한 소로서 소송요건의 흠결이 보정될 수 없거나 보정되지 아니한 경우에는 소를 각하하고, 청구가 이유 없음이 명백한 경우에는 청구를 기각하는 판결을 함으로써 중국재판을 한다.

2. 불복절차

변론생략 결정의 법적 성질에 관해서는 일반적으로 일종의 ‘소송지휘권 행사’(une mesure d'administration de la justice)로 이해되고 있다. 이는 ‘판결’(jugement)이나 ‘결정’(décision)과 같은 ‘사법적 판단’(la décision juridictionnelle)과는 구별되는 것이라고 한다.⁶⁷⁾

변론생략 결정을 재판부의 소송지휘권 행사로 이해하게 되면, 이는 재판소가 재판에 앞서 소송절차 내에서 행하는 고유한 권한행사이므로, 불복을 허용하는 특별한 규정이 없는 한, 불복의 대상이 될 수 없다는 결론에 이르게 된다. 즉, 변론생략 결정의 하자는 중국재판에 대한 상소절차에서 다투어질 수 있을 뿐,⁶⁸⁾ 이에 대한 별도의 불복은 허용되지 않는다고 본다.

퐁세유데파 역시 이와 같은 입장에 서 있는 것으로 보인다. 퐁세유데파는 2005. 2. 11.자 판결에서 변론생략 결정의 적법성은 중국재판에 대한 상소절차에서만 다투어질 수 있다고 판시한 바 있고,⁶⁹⁾

⁶⁷⁾ Corinne LEPAGE & Christian HUGLO, op. cit., p.637

⁶⁸⁾ René Chapus, op. cit., p. 832

⁶⁹⁾ CE 2005. 2. 11. Lamouissi c/Min. de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Liberté locales 판결

2005년 12월 판결에서 행정재판소 법전 R.611-8조에 따른 조치는 항소재판소나 파기원에서의 ‘상소의 대상’(l'objet d'un recours)이 될 수 없는 소송지휘권 행사에 해당한다는 취지로 판시한 바 있다.⁷⁰⁾

또한, 콩세유데파는 2005. 2. 16. 판결에서 상소장에 기재된 상고이유에 대하여 판단하면서 재판소장이 변론생략 결정을 함에 있어 행정재판소 법전 R.611-8조를 잘못 해석, 적용하였다는 취지로 판시한 바 있다.⁷¹⁾ 즉, 중국재판에 대한 상소심 절차에서 변론생략 결정의 위법성을 판단하였다.

한편, 재판소의 소송지휘권에 관한 재판이라 하더라도 반드시 불복이 허용되지 않는 것은 아니라는 견해가 있을 수 있다. 즉, 소송지휘권에 관한 재판에 대하여 불복을 허용할지 여부는 입법적 결단의 결과물이고, 불복절차에 관한 규정이 마련되어 있다면 당연히 불복이 가능하다는 것이다. 특히나 변론생략 결정의 경우, 별도의 불복이 허용되지 않을 경우, 원고로서는 해당 심급에서 변론할 기회를 박탈당하게 됨에도 이에 대하여 이의를 제기할 수 없고, 중국재판에 대한 상소절차에서 이를 다룰 수 있다고 하더라도 결과적으로 해당 심급의 이익이 박탈되는 부당한 결과가 초래될 수 있다는 지적이 있을 수 있다. 이와 같은 입장에서 변론생략 결정 자체에 대한 이의, 불복절차를 마련할 필요가 있다는 견해(입법론)가 있을 수 있다.

다만, 현행 행정재판소 법전에는 변론생략 결정에 대한 별도의 불복절차는 규정되어 있지 않으므로, 현행 제도 하에서는 변론생략 결정 자체에 대한 불복은 불가능하고, 중국재판에 대한 상소절차에서 이를 다룰 수밖에 없다.

⁷⁰⁾ CE 2005. 12. 14. Der Agobian 판결

⁷¹⁾ CE 2005. 2. 16. Communauté urbaine de Lyon 판결

제5장 우리나라 행정소송 제도에의 시사점

I. 구술심리주의와 서면심리주의

1. 구술심리와 서면심리의 의의

구술(口述)심리란 심리에 있어 당사자 및 법원의 소송행위, 특히 변론과 증거조사를 구술로 행하도록 하는 절차상 원칙을 말한다.⁷²⁾ 이에 대하여 서면(書面)심리란 심리에 있어 당사자 및 법원의 소송행위를 서면에 의하도록 하는 절차상 원칙을 말한다. 보다 쉽게 표현하면, 구술심리는 말로 하는 재판을 뜻하고, 서면심리는 이와 반대로 글로 하는 재판을 뜻한다.

우리 민사소송법은 구술심리를 원칙적으로 채택하고 있지만(민사소송법 제134조 제1항 본문, 민사소송규칙 제28조 제1항), 한편으로 소장에 관한 규정(민사소송법 제248조, 제249조), 준비서면에 관한 규정(민사소송법 제273조, 제274조, 제275조, 제276조), 항소장에 관한 규정(민사소송법 제397조, 제398조)을 둬으로써 서면심리를 보충적으로 채택하고 있다. 그리고 상고심의 경우에는 서면심리를 원칙적인 심리방식으로 규정하고 있다(민사소송법 제430조 제1항). 즉, 우리 민사소송법은 구술심리방식이 갖는 한계 내지 단점을 서면심리방식에 의하여 보완하고 있다고 평가할 수 있다. 기능적인 면에 있어서도, 구술심리와 서면심리는 어느 것이 더 우월하다기보다는 서로 보완하는 관계에 있다고 보아야 한다.

72) 홍준형, 전거서, 573면.

민사재판에 있어서 구술심리, 즉 말로 하는 재판은 실체진실 발견을 위한 보다 유용한 수단이 될 수 있고, 당사자에게 절차적 만족감을 줌으로써 궁극적으로 재판에 대한 신뢰를 증진시킬 수 있는 큰 장점을 갖고 있다. 그러나 한편, 구술심리는 기본적으로 시간과 비용을 요구하는 제도일 뿐 아니라 복잡한 사건의 경우 원활한 심리가 어렵고, 재판정보의 전달이 곤란할 수 있으며, 더구나 일방 내지 쌍방 당사자가 변론능력이 없거나 부족한 경우에는 쟁점정리 및 심리진행이 곤란해질 우려가 있는 한계 또한 갖고 있다.

서면심리, 글로 하는 재판은 소송행위를 명확하게 하기 위하여 법이 정하는 범위 내에서 고유한 영역을 가진다고 할 것인바, 말로 하는 재판과 글로 하는 재판은 조화를 이루어야 하고, 한 쪽을 강조하면서 다른 한 쪽을 배제하거나 경시하거나, 소홀히 하는 것은 바람직한 태도가 아니라고 할 것이다.⁷³⁾

근래 들어 종전 서면심리, 병행심리에 치우쳤던 민사재판관행을 반성하면서, 구술심리, 집중심리를 강조하는 방향으로 관련 법령과 재판실무가 변경되어 왔다. 기본적으로 그와 같은 변화의 방향은 바람직한 것이고, 긍정적으로 평가할 수 있다고 생각한다.

그러나 과거 재판관행에 대한 반작용으로 구술심리만을 절대시하면서 서면심리를 마치 잘못된 것으로 간주하여 배척하는 태도는 바람직하다고 할 수 없고, 오히려 위험한 것이라 할 것이다. 구술심리나, 서면심리나 하는 것은 방법론적인 논의인 것이고, 궁극적으로는 어떤 심리방식이 국민의 재판받을 권리를 실질적으로 보장할 수 있

73) 같은 취지로, 김홍엽, 민사소송상 구술심리주의의 효율적 제고의 실질적 방안, 성균관법학 24권 2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2012. 6., 258면 및 273면.

는가 하는 관점에서 접근하여야 할 것이다.

2. 구술심리와 서면심리의 장·단점

가. 구술심리의 장·단점

1) 구술심리의 장점

구술심리는 공개재판을 실질적으로 구현하고, 당사자가 절차에 주도적으로 참여하여 절차적 만족감을 누리며, 재판정보의 소통이 극대화되어 재판부로서도 재판정보를 보다 정확히 이해할 수 있는 장점이 있다.⁷⁴⁾ 또한, 구술심리 과정에서 드러난 재판정보를 중심으로 판결을 하게 되므로, 당사자가 사건의 결론을 예측하는 것이 보다 용이해지고, 재판결과에 승복할 가능성도 아울러 커진다.⁷⁵⁾

2) 구술심리의 단점

구술심리는 서면심리에 비하여 보다 많은 시간과 비용을 요구하므로, 소송관계인과 재판부에 부담으로 작용할 수 있다. 지금같이 재판부의 인력이나 확보된 법정의 수 등에 비하여 밀려드는 사건의 수가 많고, 그로 인하여 심리소요시간의 단축이 요구되는 상황에서 말로 하는 재판은 심리시간의 증가로 인하여 신속한 재판을 저해할 우려가 다분하고,⁷⁶⁾ 결국 실질적이고 신속한 구제가 필요한 당사자

74) 설범식, 전계 논문, 436, 437면.

75) 설범식, 전계 논문, 437, 438면.

가 오히려 적시(適時)에 제대로 구제받지 못하는 경우가 발생할 수 있다.

구술의 본질적 한계로 인한 비효율성을 이유로, 구술심리주의의 강화에 대하여 기본적인 입장에서는 반대하는 입장이 없으나 소송의 실제에 있어서 그 효용성에 관하여 회의적인 견해가 적지 않다고 한다.⁷⁶⁾ 당사자의 두서없는 말보다 정리된 기록이 훨씬 믿을 만하다는 입장에서, 구술심리가 그저 당사자의 말을 들어 주는 형식적 절차에 그칠 수 있는 우려를 표명하면서, 말이라는 것이 들을 때는 그럴 듯해 보여도 사실 보조적 수단에 불과하다고 보고, 구술심리를 한다고 해서 그것이 꼭 결론과 직결된다고 할 수 없다는 견해도 있으며, 나아가 통상 구술은 이미 서면에서 주장한 것을 다시 되풀이하는 것으로 순수한 구술만으로 심리가 진행되는 것이 아닌 바에야 오히려 당사자에게 구술의 부담이 추가되어 바람직하지 않다는 견해도 있다.⁷⁸⁾

게다가 복잡하고 전문적인 사건에 있어서는 구술진술 내지 구술변론만으로는 오히려 당사자의 주장을 파악하기 어렵고, 그 결과를 기록하기도 쉽지 않다.⁷⁹⁾

나. 서면심리의 장·단점

1) 서면심리의 장점

76) 김홍엽, 전계 논문, 259, 260면.

77) 김홍엽, 전계 논문, 259, 260면.

78) 김홍엽, 전계 논문, 259, 260면.

79) 김홍엽, 전계 논문, 259, 260면.

서면에 의하여 제출된 주장과 증거를 법정에서 다시 구구절절 현출할 필요가 없으므로, 구술심리에 비하여 신속하고 효율적인 심리가 가능하고, 심리소요시간이 단축되는 효과가 있으며, 그로 인하여 결국 신속한 권리구제가 가능하다는 장점이 있다.

게다가 당사자의 주장이나 증거 등 소송자료가 서면에 의하여 제출되므로, 휘발성이 있는 구술에 의한 경우보다 정확한 정보 전달이 가능하다. 특히 복잡하거나 전문적인 영역에 관한 사건의 경우, 구술심리에서보다 서면심리에서 보다 정확한 정보전달이 가능할 것이고, 나아가 재판관으로서도 보다 효율적인 심리를 할 수 있다.

당사자의 입장에서는 물론, 법원의 입장에서도, 구술심리에 비하여 소송비용이 적게 드는 장점도 있다.

2) 서면심리의 단점

서면에 의하여 당사자의 주장내용을 파악하므로, 법정에서 구술변론을 통해 주장내용을 전달하는 구술심리에 비하여 당사자가 주장하고자 하는 바가 재판관에게 정확히 전달되지 아니할 크고, 재판관이 당사자의 주장내용을 오인할 가능성이 있다.

또한 당사자로서는 심리과정에서 주도적, 적극적으로 참여한다고 생각하기 어렵고, 그에 따라 자신이 재판의 주체라기보다는 재판의 객체라고 생각하기 마련이므로, 구술심리에 비하여 절차적 만족감이 떨어진다.

다. 소결

법률심인 상고심 절차, 헌법재판 중 위헌법률심판 및 헌법소원심판, 민사소송상 결정으로 완결될 사건, 보전소송절차, 형사약식절차, 형사신청사건, 재정신청사건, 가사비송 라류사건 등의 경우, 서면심리를 원칙적 심리방식으로 정하고 있다.

구술심리주의를 취할 것인지, 서면심리주의를 취할 것인지는 각각의 장·단점을 살펴 해당 소송의 본질, 유형, 특성 등에 따라 선택하여야 할 입법정책의 문제라고 할 것이다.

II. 행정소송에의 서면심리 도입필요성

1. 우리 행정소송의 심리원칙

앞서 본 바와 같이 우리 민사소송은 구술심리를 원칙으로 채택하고 있고, 행정소송법 제8조 제2항은 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 민사소송법의 규정을 준용하고 있으므로, 행정소송에 있어서도 구술변론의 원칙이 적용된다. 대법원은 1981년 판결에서 “행정소송법에 의하여 준용되는 민사소송법상 구술변론주의의 원칙에 비추어 소송당사자가 자기의 주장사실을 서면에 기재하여 법원에 제출하였다고 하더라도 변론에서 진술되지 아니한 이상 이를 당해 사건의 판단자료로 공할 수 없다.”고 판시한 바 있다.⁸⁰⁾

한편, 1984. 12. 15. 법률 제3754호로 전부 개정되기 전 구 행정소송법 제11조에는 ‘당사자 쌍방의 신청이 있는 때에는 구두변론을 경

⁸⁰⁾ 대법원 1981. 6. 9. 선고 80누391 판결.

하지 아니하고 판결할 수 있다.’는 명문의 규정이 있었다.

2. 서면심리 도입의 필요성

행정소송의 양적 확대와 질적 난이도 상승으로 인하여 법원의 심리부담이 나날이 가중되고 있다.

사법연감에 따르면, 전국 1심 행정소송 중 40% 이상을 맡는 서울 행정법원에는 접수일로부터 2년이 넘는 장기미제 사건이 해마다 늘어 2011년 말 53건에서 2014년 말 150건으로 3배 가까이 증가했고, 2015년 말 194건으로 다시 증가하였다.

대법원에 2년 넘게 계류 중인 행정소송사건도 민·형사소송 사건에 비해 빠르게 늘고 있다. 사법연감에 따르면 접수일로부터 2년이 넘는 대법원 행정소송 장기미제 사건이 2013년 190건으로 전년 대비 96% 늘어 민사소송(77%), 형사소송(28%, 피고인 수 기준)에 비해 증가폭이 훨씬 컸다. 다만, 대법원 행정사건 장기미제 사건은 2014년 177건, 2015년 124건으로 약간 감소하였지만, 여전히 적지 않은 수의 장기 미제 사건이 계류 중이다.

특히, 행정처분은 처분대상자가 다수인 경우가 많아 동일, 유사 쟁점에 관한 다수의 소송이 제기되는 경우가 많다. 따라서 대법원의 판단이 늦어질수록 하급심에 관련 소송이 적체하게 된다. 대표적인 사례가 소방공무원의 초과근무수당 사건이다. 제주특별자치도 관내 각 소방서의 전, 현직 소방공무원 36명은 초과근무를 하였음에도 예산상 이유로 실제 초과근무시간에 미달하는 초과근무수당만을 지급받았다는 이유로 지방자치단체를 상대로 미지급 초과근무수당의 지

급을 구하는 공법상 당사자소송을 제기하였다. 제주지방법원은 2011년 5월에, 항소심인 광주고등법원은 2013년 1월에 각 원고들의 청구를 대부분 인용하는 판결을 선고하였으나, 이 사건의 상고사건은 2013년 3월에 접수되었음에도 지금까지 4년이 넘게 대법원에 계류 중이다. 현재 전국 각 법원에 소방공무원 외에 각종 공무원들이 제기한 유사 소송이 다수 접수되어 재판 계속 중에 있다. 이와 같이 다수 당사자가 관련되어 있는 행정사건의 경우 더욱 신속히 처리될 필요가 있다.

그러나 모든 행정소송사건에 대하여 충실한 구술심리를 하도록 요구하는 것은 현실적으로 어려운 일일뿐 아니라 비효율적이다. 이와 같은 사법시스템은 결국 정작 권리구제가 필요한 사람에 대한 신속한 권리구제를 방해하는 결과를 초래하고, 행정청으로 하여금 민원성에 가까운 소송에까지 일일이 대응하도록 하여 행정자원을 낭비하게 한다. 따라서 행정사건에 있어서 서면심리제도를 부분적으로라도 도입할 현실적 필요성이 있다 하겠다.

III. 행정소송에 있어 서면심리 도입의 可否

1. 행정소송의 특수성

프랑스의 행정소송은 객관소송으로서 행정의 자기통제적 성격이 강하다. 우리나라의 행정소송 역시 그 기능 내지 본질은 주관적 권리구제수단이라기보다는 행정의 적법성통제수단으로 봄이 상당하다.⁸¹⁾ 민사소송과 구별되는 행정소송의 구조 및 기능상 특질을 고려

하여 볼 때, 행정소송의 심리방식에 있어 민사소송의 심리방식인 구술변론을 반드시 고집할 필요는 없다고 할 것이다. 물론 행정소송 역시 爭訟의 한 종류이고, 對審原則이 지켜져야 하는 영역이므로, 구술변론의 심리원칙을 전적으로 포기하는 것은 옳다고 할 수 없다.

그러나 구술변론을 원칙적인 심리형태로 하되, 대심원칙을 위반할 우려가 없는 사건에 한하여 서면심리를 보충적으로 도입하는 것을 긍정적으로 검토할 수 있다.

더욱이 행정소송 중에서도 항고소송의 경우에는 그 특징에 비추어 볼 때, 다른 소송유형보다 구술변론보다 서면심리의 채택이 더 용이할 것으로 보인다. 항고(抗告)소송은 그 말의 뜻에서도 알 수 있듯이 행정청의 처분 내지 결정이 소송에 앞서 존재하고 있고, 이에 대한 불복재판의 성격을 갖고 있다. 항고소송은 민사소송과 구별되게 다툼의 대상(행정청의 처분)이 소송절차 이전에 이미 분명하게 주어져 있고, 다툼의 대상이 되는 행정처분은 원칙적으로 서면으로 발령되는바(서면주의),⁸²⁾ 쟁점이 쉽게 드러나는 특징이 있다.

게다가 행정소송의 심리방식에는 직권탐지주의가 채택되어 있다. 우리나라 행정소송에서 직권탐지주의는 보충적으로 채택되어 있다는 것이 일반적인 견해이기는 하나, 민사소송에서보다 직권탐지주의

81) 이원우, 現代 行政法關係의 構造的 變化와 競爭者訴訟의 要件, 경쟁법연구 제7권, 한국경제법학회, 2001. 4., 147, 148면 참조.

82) 행정절차법

제24조(처분의 방식) ① 행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 전자문서로 하는 경우에는 당사자 등의 동의가 있어야 한다. 다만, 신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 말 또는 그 밖의 방법으로 할 수 있다. 이 경우 당사자가 요청하면 지체 없이 처분에 관한 문서를 주어야 한다.

② 처분을 하는 문서에는 그 처분 행정청과 담당자의 소속·성명 및 연락처(전화번호, 팩스번호, 전자우편주소 등을 말한다)를 적어야 한다.

적 요소가 강한 것은 분명하고, 행정의 적법성 통제라는 행정소송의 본질에 비추어 보면, 실무상으로도 행정소송에서의 직권탐지주의는 앞으로 보다 강화될 여지가 있다고 할 것이다.

이와 같은 여러 특수성에 비추어 보면, 대심원칙을 훼손할 우려가 없는 경우 항고소송의 심리방식으로 서면심리를 부분적으로 채택하는 것이 불가능하지 않다고 생각한다.

2. 구 행정소송법의 규정

1951. 8. 24. 제정되어 1984. 12. 15. 법률 제3754호로 전부 개정되기 전 구 행정소송법은 제11조에서 ‘당사자 쌍방의 신청이 있는 때에는 구두변론을 경하지 아니하고 판결할 수 있다.’는 명문의 규정을 두고 있었다.

이와 같은 규정에 비추어 보면, 오히려 구 행정소송법이 현행 행정소송법보다 민사소송절차와 구별된 행정소송절차의 특성에 맞는 소송제도를 마련하고 있었다고 할 수 있다. 구 행정소송법의 위 규정에 비추어 보더라도, 행정소송에서의 심리가 반드시 구술변론에 의하여 진행되어야 할 당위가 있는 것은 아님을 충분히 알 수 있다.

3. 프랑스의 변론생략 제도의 도입가능성

오래 전부터 행정소송제도를 선구적, 독자적으로 발전시켜 온 나라인 프랑스에서는 앞서 살펴본 바와 같이 변론생략 제도를 두고 있다. 앞서 자세히 살펴본 바와 같이 원고의 청구 자체로 결론이 명백한 사건에 있어서는 소장 심사 단계에서 변론을 생략하기로 결정

하고, 피고에게 소장 부분을 송달하지 아니한 채 중국재판을 할 수 있는 것이다.

앞서 살펴본 바와 같이 행정소송에의 서면심리 도입필요성이나 행정소송의 특수성에 비추어 보면, 프랑스 행정소송상 변론생략 제도를 우리나라 행정소송절차에 적극적으로 도입할 필요가 있다.

프랑스의 변론생략 제도를 우리 행정소송에 맞게 변용하여 도입하면, 법원의 심리부담 경감으로 인해 신속하고 효율적인 사건 처리가 가능하고, 선택과 집종의 원리에 따라 중요사건(파급효과가 크거나 다수당사자가 관련되어 있는 사건, 동종·유사사건이 다수 계류 중이거나 장차 발생할 가능성이 있는 사건 등)에 시간과 비용을 더욱 투입하여 심리를 강화할 수 있으며, 행정청으로서도 민원성에 가까운 사건에 대해서까지 답변을 하고 변론기일에 출석하는 등 일일이 대응하지 않아도 되므로, 여러 가지 긍정적 효과들을 얻을 수 있다고 하겠다.

프랑스의 변론생략 제도의 구체적 유형은 앞서 살펴본 바와 같이 재판소에 관할이 없는 경우, 보정이 불가능한 소송요건이 흠결된 경우, 보정이 가능함에도 보정을 하지 않고 있는 소송요건 흠결의 경우 등 소가 부적법하여 각하를 면할 수 없는 사건과 선행판결의 기판력이 미치는 경우(우리나라와는 그 기판력의 의미가 상이하기는 하다), 청구취지나 청구원인에 비추어 원고의 주장이 이유 없음이 명백한 경우 등 청구가 이유 없음이 명백하여 기각을 면할 수 없는 사건으로 나누어 볼 수 있다.

소가 부적법하여 각하를 면할 수 없는 사건의 경우 중 보정 불가능한 소송요건 흠결의 경우는 현행 민사소송법 제219조⁸³⁾에서 이미

83) 제219조(변론 없이 하는 소의 각하) 부적법한 소로서 그 흠을 보정할 수

규정하고 있다. 그러나 실무상 행정사건에서 무변론 소 각하 판결은 널리 활용되고 있지 않고 있고, 대부분 변론기일을 지정하고 있으며, 무변론 소 각하 판결을 하는 경우에도 대부분 소장 부분을 피고에게 송달하고 있는 실정이다.

청구가 이유 없음이 명백하여 기각을 면할 수 없는 사건의 경우에는 현행 우리 소송법상 무변론 판결이 불가능하고, 청구기각의 결론이 명백하다고 하더라도 변론절차를 개시해야 하는바, 변론생략 제도를 도입하기 위해서는 별도의 입법적인 조치가 필요하다 하겠다.

한편, 프랑스 행정소송에서도 변론절차를 거치는 것이 원칙적인 행정소송의 모습이고, 변론생략은 예외적, 제한적으로 적용되는 제도임은 잊지 말아야 한다. 우리나라 행정소송에 변론생략 제도를 도입하더라도 이는 구술변론의 심리방식에 대한 보충적인 형태로 구현되어야 하고, 그 요건과 효과 또한 법률에 명확히 규정되어야 할 것이다.

IV. 提言

우리 행정소송에 있어서도, 프랑스 행정소송상 변론생략 제도를 적극 도입함으로써 소가 명백히 부적법하거나 청구가 이유 없음이 명백한 경우에는 변론을 개시할 필요 없이 서면심리만으로 종국재판을 할 수 있도록 행정소송법을 정비할 필요가 있다고 생각된다.

프랑스 행정재판소 법전 R.611-8조는 법문언에 ‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’라고만 규정하고 있고, 구체적인 변론생략의 사유는

없는 경우에는 변론 없이 판결로 소를 각하할 수 있다.

해석과 실무례에 따라 구체화되어 있다. 프랑스 행정소송의 경우 변론생략 제도는 비교적 오랜 전통을 갖고 발전되어 왔고, 쥘세유데파의 판례가 집적되어 있어 더 이상 혼란의 여지가 크지 않지만, 우리 변론절차를 생략하는 예외적 제도이므로, 법률에 그 요건과 효과를 명확히 규정하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

먼저, 소가 부적법하여 각하하여야 하는 경우, 즉 재판소에 재판관할이 없는 경우, 보정 불가능한 소송요건 흠결의 경우, 보정이 가능함에도 보정하지 아니한 소송요건 흠결의 경우는 변론생략의 사유로 삼을 수 있다고 볼 것이다.

다음으로, 청구가 이유 없음이 명백하여 기각을 면할 수 없는 경우에 관하여는 주장책임 및 증명책임을 도구개념으로 활용하여 변론생략의 사유로 삼는 것이 좋을 것으로 사료된다.

즉, 처분의 위법성에 대하여 원고에게 일응의 주장·증명책임, 즉 재판부가 그 주장의 정당성을 수궁할 수 있도록 할 정도로 구체적이고 근거 있는 주장 및 증명을 할 책임을 부담시키고, 그와 같은 주장·증명책임을 다하지 못한 경우 변론을 열지 않고 판결로서 원고의 청구를 기각할 수 있도록 하는 것이다. 처분의 적법성에 대하여 행정청이 증명책임을 부담한다는 것이 일반론이지만, 이는 처분의 효력을 다투는 항고소송을 제기한 원고가 재판관에게 처분이 위법할 수 있다는 의심을 불러일으킬 정도의 약한 정도의 주장 및 증명을 한 경우에 비로소 행정청에 처분이 적법하다는 점에 대한 증명책임이 발생하는 것으로 이해함이 상당하다. 결국 프랑스 행정소송에서의 주장·증명책임과 우리 행정소송상 주장·증명책임은 내용적으로 큰 차이가 없다고 할 수 있다.⁸⁴⁾

⁸⁴⁾ 행정소송에 있어서 특단의 사정이 있는 경우를 제외하면 당해 행정처분의

원고가 처분의 위법성에 대한 주장책임을 다하지 못하거나 약한 정도의 증명조차 하지 못하는 경우, 현행법상으로는 변론을 개시하여야만 하나, 이와 같은 경우에는 변론절차를 거치지 않고 판결로서 원고의 청구를 기각할 수 있도록 법령을 개정할 필요가 있다.

현행 행정소송법 하에서는 청구취지나 청구원인이 제대로 기재되어 있지 않거나 청구가 특정되지 않는 등 소가 부적법하고, 그 흠을 보정할 수 없는 경우에는 행정소송법이 준용하고 있는 민사소송법 제219조의 규정에 따라 변론 없이 소를 각하하는 판결을 할 수 있을 뿐인데, 이와 같은 규정의 적용범위는 제한적이므로, 이와 같은 경우를 아울러 변론생략 제도에 관한 규정을 두는 것이 바람직하다고 할 것이다.

한편, 변론생략 결정이 어느 시점까지 가능한 것인지 문제된다. 즉, 소장 접수 단계에서 가능한 것인지, 소장 부분이 행정청에게 송달되어 소송계속이 발생한 단계에서까지 가능한 것인지, 행정청이 답변서를 제출한 단계에서도 가능한 것인지 문제되는데, 이와 같은 제한을 엄격히 설정할 필요는 없다고 할 것이다. 즉, 원칙적으로는 소장 접수 단계에서 재판부가 소장을 검토하면서 흠이 있을 경우 보정을 명하고, 보정이 되지 아니한 경우, 소가 부적법하다면 소각하 판결을, 소송요건은 갖추었으나 처분의 위법성에 대하여 일응의

적법성에 관하여는 당해 처분청이 이를 주장·입증하여야 할 것이나 행정소송에 있어서 직권주의가 가미되어 있다고 하여도 여전히 변론주의를 기본구조로 하는 이상 행정처분의 위법을 들어 그 취소를 청구함에 있어서는 직권조사사항을 제외하고는 그 취소를 구하는 자가 위법사유에 해당하는 구체적인 사실을 먼저 주장하여야 한다(대법원 2000. 3. 23. 선고 98두2768 판결). 같은 취지의 대법원 판결로는 대법원 1981. 6. 23. 선고 80누510 판결, 대법원 1994. 11. 25. 선고 94누9047 판결, 대법원 2000. 5. 30. 선고 98두20162 판결 등 다수.

주장·증명책임을 다하지 못하였다면 청구기각 판결을 하면 될 것이나, 나아가 소장 부분이 피고(행정청)에게 송달되었거나 피고(행정청)가 답변서를 제출한 경우라도 변론이 개시되기 전까지는 변론 없이 청구기각 판결을 할 수 있다고 봄이 상당하다.

제6장 요약 및 결어

I. 요약

이상의 논의를 요약하면, 다음과 같다.

(제1장) 프랑스의 행정소송절차는 크게 소장심사, 변론절차, 최종변론절차, 재판부의 합의 및 판결의 선고로 나누어 볼 수 있다. 프랑스 행정소송 절차의 특징으로는 서면주의, 직권탐지주의, 대심원칙을 들 수 있다. 이 때 ‘서면주의’는 구술심리주의와 대비되는 개념으로서의 ‘서면심리주의’가 아니라 행정소송의 당사자는 주장, 공격·방어방법을 반드시 서면(mémoire)을 통하여 제출하여야 하고, 구두진술은 서면상 주장을 요약하거나 부연하는데 그친다는 의미이다. ‘대심원칙’은 절차에 관한 법의 일반원칙에서 파생한 것으로, 대립되는 분쟁당사자들의 공격·방어를 통하여 심리를 진행하여야 한다는 원칙, 즉 당사자 쌍방에게 공격·방어방법을 제출할 수 있는 대등한 기회를 보장하는 제도를 말한다. 변론생략 제도가 대심원칙의 예외로서 허용되는지 문제되는데, 법률에 명문의 근거규정을 두고 있는 경우, 대심원칙의 법정신을 훼손하지 않는 경우, 그리고 상대방 당사자에게 불이익이 초래될 염려가 없는 경우에는, 변론생략이 대심원칙의 예외로서 허용된다고 할 것이다.

(제2장) 변론생략은 대심원칙의 예외로서 인정되는 것이어서 명문의 근거규정이 있을 것을 요구한다. 현재 행정재판소 법전

R.611-8조에 그 규정이 있다. 행정재판소 법전 R.611-8조는 ‘소장을 검토한 결과 청구 자체로 결론이 명백한 경우, 지방행정재판소장 또는 재판부의 장, 항소행정재판소 재판부의 장, 궤세유데따 재판부의 장은 변론을 열지 않기로 하는 결정을 할 수 있다.’고 규정하고 있다.

‘청구 자체로 결론이 명백한 경우’라 함은 행정재판소에 재판관할권이 없는 것이 명백한 경우, 소송요건의 흠결이 보정되어 적법하게 될 가능성이 없는 경우, 소송요건 흠결의 보정이 가능함에도 보정되지 아니한 경우, 청구가 이유 없어 기각될 것이 명백한 경우를 의미한다. 원고의 청구가 인용될 것이 명백하게 예상된다고 하더라도 이와 같은 경우는 대심원칙에 의하여 변론생략이 허용되지 않는다.

청구가 명백히 이유 없는 경우는 기판력 있는 선행판결이 있는 경우와 청구취지나 청구원인에 비추어 원고의 주장이 명백히 이유 없는 경우로 나누어 볼 수 있다. 프랑스 행정소송에서의 기판력은 월권소송에서의 취소판결에서의 그것과 기각판결 및 완전심판소송 판결의 그것이 효력을 달리하므로, 기판력 있는 선행판결이 있다고 하더라도 후행소송에서 변론생략이 가능한지 여부에 대해서는 선행판결의 종류에 따라 경우를 나누어 살펴보아야 한다.

청구취지나 청구원인에 비추어 원고의 주장이 명백히 이유 없는 경우는 행정소송에서의 증명책임 문제와 관련지어 검토할 수 있다. 원고가 소장에서 증명책임이 피고 행정청에게 전환될 정도로 처분의 위법성에 관하여 구체적이고 근거 있는 주장, 증명을 하지 못한 경우에는 변론을 열 필요 없이 주장, 증명책임을 다하지 못하였다는 이유로 그 자체로 기각될 수 있다고 보아야 한다.

(제3장) 행정재판소 법전 R.611-8조는 변론생략 결정의 주체를 지방행정재판소장 또는 재판부의 장, 항소행정재판소 재판부의 장, 콩세유데파의 재판부의 장으로 정하고 있다. 그리고 행정재판소 법전 R.149조는 변론생략 결정이 가능한 시기에 관하여 ‘소장 심사시’(au vu de la requête introductive d'instance)라고 규정하고 있는바, 일단 변론이 개시된 이후에는 변론을 생략하기로 하는 결정을 할 수 없다고 볼 것이다.

행정재판소 법전 R.611-8조는 변론생략 결정의 고지에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않지만, 일반적으로 변론생략 결정을 당사자에게 고지할 필요가 없는 것으로 받아들여지고 있다. 사실이 문제는 변론생략 결정에 대한 불복절차를 인정하는지의 문제와 맞닿아 있다. 실무상 변론생략 결정 자체에 대한 불복은 허용되지 않고 있고, 그에 따라 변론생략 결정이 원고에게 별도 고지되지 않더라도 위법하지 않다는 것이 일반적 견해이다. 다만, 변론생략 결정 자체에 대한 불복이 허용되지 않는 것이 타당한지에 대해서는 이론이 있을 수 있고, 변론생략 결정 자체에 대하여 별도의 불복이 허용되어야 한다는 입장에 선다면, 변론생략 결정이 원고에게 고지되어야 할 것이다.

(제4장) 변론생략 결정이 있으면, 소장 부분을 피고에게 송달하지 않고, 소송계속이 발생하지 아니한 상태에서 종국재판을 하게 된다. 다만, 피고에게 손해가 발생할 가능성이 있는 경우에는 변론생략이 허용되지 않고, 반드시 소장 부분을 피고에게 송달하여야 한다.

변론생략 결정에 대한 독자적인 불복은 허용되지 않고, 종국재판

에 대한 상소절차에서 이를 다룰 수 있다고 한다.

(제5장) 구술(口述)심리는 말로 하는 재판을 뜻하고, 서면(書面)심리는 이와 반대로 글로 하는 재판을 뜻한다. 구술심리, 즉 말로 하는 재판은 공개재판의 실질적 구현, 당사자의 절차적 만족감 증가, 재판정보의 소통 및 재판관의 정확한 심증형성 용이, 결론의 예측가능성 증가 등 장점이 있으나, 시간과 비용을 요구하고, 본질상 서면심리에 비하여 비효율적이라는 단점도 있다. 반면, 서면심리는 신속하고 효율적인 심리, 재판정보의 정확한 전달, 소송비용의 절감 등 장점이 있으나, 주장내용의 오인 우려, 사실관계의 왜곡 우려, 당사자의 절차적 만족감 저하, 재판결과에 대한 승복가능성 감소 등 단점도 있다.

법률심인 상고심은 판결로 재판하는 것이지만 서면심리를 채택하고 있고, 헌법재판 중 위헌법률심판과 헌법소원심판은 구술심리방식을 채택하고 있는 다른 헌법재판인 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판과 달리 서면심리방식을 채택하고 있는데, 이는 결국 구술심리를 할 것인지, 서면심리를 할 것인지는 해당 소송의 유형, 성질 등에 따라 결정되는 입법정책의 문제임을 알 수 있다. 우리 민사소송법은 구술심리를 원칙적으로 채택하고 있지만, 구술심리방식이 갖는 한계 내지 단점을 보완하기 위해 서면심리를 보충적으로 채택하고 있다. 구술심리와 서면심리는 어느 것이 더 우월하다기보다는 서로 보완하는 관계에 있다고 보아야 한다.

행정소송, 그 가운데서도 특히 행정처분의 취소를 구하거나 효력을 다투는 형태의 항고소송은 행정청의 법집행행위인 처분 내지 결정이 먼저 있고, 이에 대한 불복재판의 성격을 가지고 있다. 항고소

송은 다툼의 대상이 되는 행정청의 처분이 소 제기 전부터 특정되어 있고, 처분은 특별한 사정이 없는 한 서면으로 발령되어 있으며, 처분서에는 처분의 근거와 이유가 명시되어 있으므로, 당사자의 공방에 따라 비로소 쟁점이 드러나는 민사소송과 그 구조를 달리 한다. 게다가 행정소송에서는 직권심리가 채택되어 있어 변론주의에 의해 당사자의 주장에 오롯이 구속되는 민사소송과 그 심리방식도 다르다. 이에 더하여 행정소송은 개인의 권리구제라는 주관소송으로서의 성격뿐 아니라 행정처분의 적법성 통제라는 객관소송으로서의 성격도 아울러 갖고 있으므로, 기능면에서도 민사소송과는 본질적인 차이가 있다.

행정소송 역시 본질적으로 쟁송에 해당하므로, 구술변론의 심리방식을 전적으로 포기하는 것은 어려울 뿐 아니라 바람직하지도 않다. 그러나 행정소송의 특수성에 비추어 보면, 서면심리방식의 단점이 작용할 우려는 크지 않고, 오히려 서면심리방식을 부분적으로 채택할 경우 구술변론의 시행으로 인한 폐해를 시정할 수 있을 것으로 보이므로, 행정소송에 있어 부분적으로나마 서면심리를 도입하는 것이 불가능하지 않으며, 오히려 바람직하다고 생각된다.

우리나라 행정소송의 경우, 사건의 양적 증가와 질적 난이도 상승으로 인하여 법원의 심리부담이 나날이 가중되고 있다. 객관소송이라는 항고소송의 구조와 기능 면에서, 정작 권리구제가 필요한 사람에 대하여 신속한 권리구제를 보장하기 위한 권리구제의 실효성 확보 차원에서, 그리고 행정청이 민원성에 가까운 모든 소송에까지 일일이 대응하게 됨으로 인한 행정력의 낭비를 막고, 법원의 업무부담을 경감하기 위한 측면에서, 행정소송, 특히 항고소송에 있어서 부분적으로라도 서면심리제도의 도입을 검토할 현실적인 필요성이 있

다.

프랑스는 오래 전부터 행정소송이 발전하여 온 나라로, 프랑스 행정소송은 객관소송으로서의 성격이 강하고, 서면주의를 원칙으로 하고 있으며, 변론생략 제도를 통한 서면심리방식 또한 채택하고 있다. 우리나라 행정소송의 경우 역시 행정소송의 특수성에 기대어 보면, 변론생략 제도에 착안하여 서면심리의 도입을 검토해 볼 수 있다.

구체적인 실시방식으로, 부적법한 소의 각하 외에도 처분의 위법성에 대하여 원고에게 주장·증명책임을 부담시키고, 그와 같은 주장·증명책임을 다하지 못한 경우 변론을 열지 않고 판결로서 원고의 청구를 기각할 수 있도록 하는 방식을 생각해 볼 수 있다. 처분의 적법성에 대하여 행정청이 증명책임을 부담한다는 것이 원칙이나, 이는 처분의 효력을 다투는 항고소송을 제기한 원고가 재판관에게 처분이 위법할 수 있다는 의심을 불러일으킬 정도의 약한 정도의 주장 및 증명을 한 경우에 비로소 발생하는 것으로 이해함이 상당하다. 원고가 처분의 위법성에 대한 주장책임을 다하지 못하거나 약한 정도의 증명조차 하지 못하는 경우에는 변론을 개시할 필요 없이 판결로서 원고의 청구를 기각할 수 있도록 법령을 개정할 필요가 있다(입법론).

현행 행정소송법 하에서는 청구취지나 청구원인이 제대로 기재되어 있지 않거나 청구가 특정되지 않는 등 소가 부적법하고, 그 흠을 보정할 수 없는 경우에는 행정소송법이 준용하고 있는 민사소송법 제219조의 규정에 따라 변론 없이 소를 각하하는 판결을 할 수 있지만, 이와 같은 규정의 적용은 상당히 제한적이다.

II. 결어

이상에서 프랑스 행정소송상 변론생략 제도에 관하여 검토한 다음, 우리나라 행정소송의 심리개선방안과 관련하여 변론생략 제도의 도입필요성과 도입가능성에 관하여 살펴보았다.

구술변론방식과 대심원칙이 행정소송 심리방식의 원칙이지만, 제한적으로 서면심리방식을 도입할 필요가 있다. 명백히 부적법한 소와 명백히 이유 없는 청구에 대하여는 변론을 개시할 필요 없이 소송개시단계에서 서면심리방식에 따라 처리하는 것이 바람직하다. 특히, 행정소송의 증명책임과 관련하여 원고가 최소한의 주장, 증명책임을 다하지 못하고 있는 경우 이를 명백히 이유 없는 청구로 보아 변론 없이 청구를 기각할 수 있다고 할 필요가 있다.

프랑스 행정소송의 변론생략 제도에 착안하여 우리 행정소송절차에 서면심리방식을 부분적으로 도입함으로써 구술변론의 한계를 극복하고 서면심리의 장점을 극대화한다면, 행정소송의 특수성을 반영하여 보다 효율적이고 실효성 있는 행정재판을 구현할 수 있을 것이다.

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 김동희, 행정법 I, 제21판, 박영사, 2015.
- 박균성, 행정법론(상), 제15판, 박영사, 2016.
- 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005.
- 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006.
- 법원행정처, 외국의 민사재판실무, 법원행정처, 2009.
- 사법연수원, 프랑스법 I, 2006.
- 사법연수원, 프랑스법 II, 2006.
- 사법연수원, 민사절차론, 2016.
- 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2014.
- 정하중·정선균, 행정쟁송법 강의, 법문사, 2011.
- 하명호, 행정쟁송법(제2판), 박영사, 2015.
- 홍준형, 행정구제법, 도서출판 오래, 2012.

2. 논문

- 이원우, 現代 行政法關係의 構造的 變化와 競爭者訴訟의 要件, 경쟁

- 법연구 제7권, 한국경제법학회, 2001. 4.
- 최계영, 법치주의 구현을 위한 행정소송 심리절차의 강화, 법학 54권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2013.
- 하명호, 행정심판의 개념과 범위, 인권과 정의 제445권, 2014.
- 최진수, 행정심판제도의 구조에 관한 고찰, 공법연구 43집 2호, 214.
- 김홍엽, 민사소송상 구술심리주의의 효율성 제고의 실질적 방안, 성균관법학 24권 2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2012. 6.
- 설범식, 한국법원에 있어서 구술심리 강화와 사건관리방식의 변화, 한국민사소송법학회지, 한국사법행정학회, 2010. 11.
- 이연갑, 구술심리 소묘, 안암법학 24호, 2007. 4.

II. 외국문헌

- Corinne LEPAGE & Christian HUGLO, Code de Justice Administratif, 8e édition, Lexis Nexis, 2013.
- René Chapus, Droit du contentieux administratif, 13e édition, Montchrestien, 2008.
- François GAZIER & Roland DRAGO, Répertoire de Contentieux Administratif, Tome II, DALLOZ, 2000.
- Daniel Chabanol, CODE de justice administratif, 5e Edition, LE MONITEUR.
- Serge DEYGAS, Principe du contradictoire - La dispense d'instruction contradictoire devant le juge administratif, Procédure n12, 2010.

12., comm. 429.

Jean-Marie AUBY & Roland DRAGO, Traité de contentieux administratif, 3e édition, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1984.

Clotilde Morlot-Dehan, Le président de juridiction dans l'ordre administratif, 2005.

Résumé

Étude sur la dispense d'instruction dans le contentieux administratif en France

- Mise en perspective avec la réforme du
contentieux administratif en Corée -

Min, Byeongguk

Faculté de Droit

Université Nationale de Séoul

En matière de contentieux administratif, le choix entre procédure orale ou écrite dépend du type et de la nature du contentieux. En Corée, le contentieux administratif repose sur le principe de la procédure orale et, en tout état de cause, la tenue d'une audience est obligatoire.

Mais la multiplication et la complexité croissante des affaires portées devant le juge administratif coréen se traduit par un alourdissement de la charge incombant aux tribunaux. De ce fait, la reconnaissance des droits des citoyens est retardée, et l'autorité administrative, face à cette inflation contentieuse, est confrontée à une charge importante. Dans cette perspective, si la tenue d'une audience dans le cadre d'une procédure orale n'est pas nécessairement adaptée à toutes les situations, par exemple lorsqu'une requête est entachée d'une irrecevabilité

insusceptible d'être régularisée ou est manifestement infondée, il est néanmoins nécessaire de poursuivre, même de façon limitée, une procédure écrite.

L'article R. 611-8 du Code de Justice Administrative précise que *"lorsqu'il apparaît au vu de la requête que la solution de l'affaire est d'ores et déjà certaine, le président du tribunal administratif ou le président de la formation de jugement ou, à la cour administrative d'appel, le président de la chambre ou, au Conseil d'État, le président de la chambre peut décider qu'il n'y a pas lieu à instruction"*. La dispense d'instruction, en tant qu'exception au principe du caractère contradictoire de la procédure, se limite à des cas répondant à certaines exigences précises.

La condition selon laquelle *"la solution de l'affaire est d'ores et déjà certaine"* peut s'appliquer lorsque la juridiction administrative est manifestement incompétente, ou lorsque la requête est entachée d'une irrecevabilité insusceptible d'être couverte, ou encore lorsque l'absence ou l'insuffisance des moyens de droit ou de fait à l'appui desquels la requête est formée rend certain le rejet de l'affaire au fond.

Afin d'examiner la possibilité d'introduire le système de dispense d'instruction dans le contentieux administratif coréen fondé sur la procédure orale, il est nécessaire d'analyser de façon approfondie les conditions, la procédure et les effets du système de dispense d'instruction en France, ainsi que les caractéristiques du contentieux administratif en Corée, et enfin les avantages et inconvénients associés à la procédure orale et à la procédure écrite.

Dans l'hypothèse d'une adoption du système de dispense d'instruction, il serait non seulement possible de rejeter une requête sans instruction si elle est entachée d'une irrecevabilité insusceptible d'être régularisée, mais encore, puisqu'en Corée comme en France, la charge de la preuve incombe en principe au requérant, lorsque ce dernier, "*au vu de la requête introductive d'instance*", n'expose pas de moyens de droit ou de fait susceptibles d'assurer le bien-fondé de ses prétentions.

Mots-clés : la dispense d'instruction, la procédure écrite, le principe de l'écrit, le principe de contradiction

Numéro étudiant : 2005-21785